

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Les dernières évolutions concernant les preuves irrégulières en matière pénale

Colette-Basecqz, Nathalie; Bekhouche, Ilheme

*Published in:*

La preuve au carrefour de cinq disciplines juridiques

*Publication date:*

2013

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Colette-Basecqz, N & Bekhouche, I 2013, Les dernières évolutions concernant les preuves irrégulières en matière pénale. Dans *La preuve au carrefour de cinq disciplines juridiques*. Recyclage en droit, VOL. 2013/3, Anthemis, Limal, p. 9-42.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Les dernières évolutions concernant les preuves irrégulières en matière pénale

Nathalie COLETTE-BASECQZ

Chargée de cours à l'Université de Namur  
Avocate au barreau de Nivelles

Iiheme BEKHOUCHE

Juriste au service d'études d'AVOCATS.BE

## Introduction

1. Le sort des preuves illégales et irrégulières en matière pénale, s'il a déjà fait couler beaucoup d'encre en jurisprudence et en doctrine, continue à faire débat. En effet, les questions qu'il suscite sont délicates et illustrent l'équilibre difficile à maintenir, en procédure pénale, entre l'efficacité de l'enquête et le respect des libertés et droits individuels.

Rappelons que les preuves illégales sont celles obtenues en violation de la loi (par exemple, des actes expressément interdits par la loi). Quant aux preuves irrégulières, sans être illégales, elles consistent en des actes inconciliables avec les règles substantielles de la procédure pénale ou avec les principes généraux du droit, dont les droits de la défense<sup>1</sup>.

Le dixième anniversaire de l'arrêt *Antigone*, qui a introduit un véritable bouleversement dans le domaine de la preuve<sup>2</sup>, est l'occasion de nous pencher sur les évolutions observées tant dans la jurisprudence qu'au niveau des initiatives parlementaires.

2. Dans un premier temps, nous dresserons l'état des lieux de la jurisprudence de la Cour de cassation, de la Cour constitutionnelle et de la Cour européenne des droits de l'homme. Ensuite, nous commenterons la manière selon laquelle la loi du 9 décembre 2004 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale a intégré la jurisprudence *Antigone* dans les dispositions qui réglementent le sort des preuves irrégulières. Cette loi a constitué une forte source d'inspiration pour le législateur dans les perspectives de réforme. Ces dernières seront présentées dans la troisième partie de notre contribution.

<sup>1</sup> N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, 2<sup>e</sup> éd., Limal, Anthémis, 2013, p. 417.

<sup>2</sup> Pour une application de la jurisprudence *Antigone* en matière civile, voy. notamment D. MOUGENOT, « *Antigone* face aux juges civils. L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles », D.A.-O.R., 2011, p. 240; D. MOUGENOT, « *Antigone*: suite et pas fin... », note sous C. trav. Bruxelles, 7 février 2013, J.T., 2013, pp. 267-270.

## Section 1

## État des lieux de la jurisprudence

## § 1. Cour de cassation

A. L'arrêt *Antigone*

3. Le célèbre arrêt *Antigone*, rendu par la Cour de cassation le 14 octobre 2003<sup>3</sup>, a introduit un spectaculaire revirement de jurisprudence<sup>4</sup>, faisant de l'exclusion des preuves illégales ou irrégulières<sup>5</sup> une exception et non plus une règle générale, comme c'était le cas auparavant lorsque les cours et tribunaux écartaient les éléments de preuve entachés d'illégalité ou d'irrégularité ainsi que toutes les preuves qui en découlent directement ou indirectement<sup>6</sup>.

L'arrêt *Antigone* porte le nom de l'opération policière à l'origine des faits de la cause. Il concerne une fouille illicite d'un véhicule par la police ayant mené à la découverte d'un pistolet chargé dont le numéro de série avait été limé. La preuve de l'infraction, quoique irrégulièrement recueillie, a toutefois été prise en considération pour fonder la condamnation pénale du prévenu.

<sup>3</sup> Cass., 14 octobre 2003, R.D.P.C., 2004, p. 617, avec les conclusions de l'Avocat général M. DE SWAEF, R.C.J.B., 2004, p. 405, note F. KUTY, R.W., 2003-2004, p. 814, T. Strafr., 2004, p. 129, obs. Ph. TRAEST.

<sup>4</sup> M.-A. BEERNAERT, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », note sous Cass., 2 mars 2005, J.L.M.B., 2005, pp. 1094-1109; J. DE COOT, « Des précautions à prendre par la loi pour que le citoyen coupable ne soit frappé que par elle », J.T., 2008, pp. 650-654; J. DE COOT, « Preuve pénale et nullités », R.D.P.C., 2009, pp. 634-666; Ch. DE VALKENEEER, *Manuel de l'enquête pénale*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 58-66; F. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve. Questions spéciales*, CUP, vol. 99, Liège, Anthemis, 2008, pp. 7-62; F. KUTY, « Le droit de la preuve à l'épreuve des juges », J.T., 2005, pp. 349 et s.; F. KUTY, « Le droit de la preuve au regard de la jurisprudence récente de la Cour de cassation », in *Questions d'actualité de droit pénal et de procédure pénale*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 53-107; H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 6<sup>e</sup> éd., Bruges, la Chartre, 2010, pp. 1005-1019.

<sup>5</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 1163-1164; F. KUTY, « Le droit de la preuve à l'épreuve des juges », op. cit., pp. 349-355.

<sup>6</sup> Certains assouplissements avaient déjà été observés dans la jurisprudence depuis 1990 (N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., pp. 418-419; M.-A. BEERNAERT, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », op. cit., pp. 1096-1098). Voy. Cass., 17 janvier 1990, R.D.P.C., 1990, p. 653, R.W., 1990-1991, p. 463, note L. HUYBRECHTS, « Het door de aangever onrechtmatig verkregen bewijs »; Cass., 17 avril 1991, R.D.P.C., 1992, p. 94, note Ch. DE VALKENEEER, « De illégalité commise par un tiers dans l'administration de la preuve »; Cass., 17 avril 1991, R.C. n° 8761. La Cour de cassation a d'abord admis les preuves recueillies de façon illégale ou irrégulière par des particuliers, à la double condition, d'une part, que l'illégalité ou l'irrégularité ne soit l'œuvre ni des autorités chargées de la recherche, de la constatation ou des poursuites, ni du dénonciateur de l'infraction, ni du particulier qui la communique aux autorités, d'autre part, que ladite illégalité ou irrégularité n'ait pas été commise dans l'intention de dénoncer les faits à la justice. Une distinction a ensuite été introduite entre la dénonciation et la preuve d'une infraction amenant la jurisprudence à considérer que l'illicéité avec laquelle le dénonciateur a pris connaissance de l'infraction n'affectait pas nécessairement la régularité de la preuve obtenue ultérieurement sans aucune illégalité grâce à la dénonciation (Cass., 30 mai 1995, R.D.P.C., 1996, p. 118 et *Rev. Cass.*, 1996, p. 150; Ph. TRAEST, « De internationalisering van het bewijsrecht: over telefoontap en de eisen die aan het in het buitenland verworven bewijs moeten gesteld worden », *Rev. Cass.*, 1996, p. 142).

Désormais, trois critères permettent l'exclusion des preuves illicites, à savoir les violations de formes prescrites à peine de nullité, l'atteinte à la fiabilité de la preuve et les preuves irrégulières dont l'usage est contraire au droit à un procès équitable<sup>7</sup>.

La question de savoir si le juge est encore habilité à exclure une preuve irrégulière en dehors des trois critères de la jurisprudence *Antigone* n'est pas dénuée d'ambiguïté. Dans l'arrêt du 14 octobre 2003, la Cour de cassation avait pris soin de faire précéder l'énoncé des trois cas d'exclusion de la preuve obtenue irrégulièrement de la locution « en règle »<sup>8</sup>, ce qui pouvait laisser la porte ouverte à d'autres hypothèses d'exclusion. Il en va de même dans l'arrêt *Manon* du 2 mars 2005 par l'utilisation de l'adverbe « notamment »<sup>9</sup>. Nous verrons que la Cour a complété elle-même sa jurisprudence en énonçant des circonstances que le juge peut prendre en compte en vue de déterminer si la preuve recueillie irrégulièrement est admissible. *Quid* si le juge écarte une preuve irrégulière en se fondant sur l'une de ces circonstances en dehors des trois hypothèses de la jurisprudence *Antigone*? Dans sa jurisprudence la plus récente, la Cour de cassation semble considérer que les éléments de preuve irrégulièrement recueillis ne devraient pas être écartés des débats lorsque l'irrégularité ne répond pas aux trois critères *Antigone*<sup>10</sup>.

## B. Les trois critères d'exclusion des preuves irrégulières

## 4. De façon plus précise, que recouvrent ces trois hypothèses d'exclusion des preuves irrégulières?

La violation d'une forme prescrite à peine de nullité ne peut se rencontrer que dans les rares cas où le législateur sanctionne de nullité l'inobservation de certaines formalités<sup>11</sup>. Cela vise notamment le respect de la loi concernant l'emploi des langues en matière judiciaire (article 40 de la loi 15 juin 1935), les écoutes

<sup>7</sup> Sur ces trois causes d'exclusion de l'arrêt *Antigone*, voy. F. KUTY, « Le droit de la preuve au regard de la jurisprudence récente de la Cour de cassation », op. cit., pp. 78-89; R. VERSTRAETEN, *Handboek Strafvordering*, 4<sup>e</sup> éd., Anvers, Maklu, 2007, pp. 883-888.

<sup>8</sup> « Attendu que la circonstance qu'un élément de preuve a été obtenu irrégulièrement a, en règle, uniquement pour conséquence que le juge, lorsqu'il forme sa conviction, ne peut prendre cet élément en considération ni directement ni indirectement :

- soit lorsque le respect de certaines conditions de forme est prescrit à peine de nullité;

- soit lorsque l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve;

- soit lorsque l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable. » (Cass., 14 octobre 2003, précité).

<sup>9</sup> « Que lorsque l'irrégularité commise ne compromet pas le droit à un procès équitable, n'entache pas la fiabilité de la preuve et ne méconnaît pas une formalité prescrite à peine de nullité, le juge peut, pour décider qu'il y a lieu d'admettre des éléments irrégulièrement produits, prendre en considération, notamment, la circonstance que l'illicéité commise est sans commune mesure avec la gravité de l'infraction dont l'acte irrégulier a permis la constatation, ou que cette irrégularité est sans incidence sur le droit ou la liberté protégés par la norme transgressée. » (Cass., 2 mars 2005, J.L.M.B., 2005, p. 1086).

<sup>10</sup> Cass., 23 mars 2010, R.C. n° P.10.0474.N.

<sup>11</sup> H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, op. cit., p. 1011.

téléphoniques (article 90<sup>quater</sup>, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle), les auditions de témoins sous couvert d'anonymat complet (articles 86<sup>bis</sup>, § 4, et 86<sup>ter</sup>, dernier alinéa, du Code d'instruction criminelle), la prestation de serment des témoins entendus à l'audience (articles 155 et 295 du Code d'instruction criminelle) et la saisie immobilière (article 35<sup>bis</sup> du Code d'instruction criminelle).

La Cour de cassation, dans un arrêt récent, semble avoir ajouté au test *Antigone* un nouveau critère d'exclusion des preuves irrégulières, dans le cas de violations de formalités substantielles, bien que non prescrites à peine de nullité par la loi, et qui sont relatives à l'organisation judiciaire. Dans un arrêt du 24 avril 2013<sup>12</sup> concernant l'infraction de traite des êtres humains, le prévenu s'est prévalu de la nullité de la preuve découlant d'une visite domiciliaire réalisée avec l'autorisation d'un juge non habilité par la loi. La Cour a estimé que, dans ce cas, l'irrégularité est substantielle dès lors qu'elle touche à l'organisation des cours et tribunaux au point de vue de la répartition de leurs attributions respectives, précisant qu'une telle irrégularité n'est pas de celles que le juge pourrait refuser de sanctionner au motif qu'aucun texte ne commine la nullité, que la preuve reste fiable ou que son utilisation ne compromet pas le caractère équitable du procès. Elle a dès lors cassé la décision des juges d'appel qui avaient admis la preuve irrégulière.

Cet arrêt rejoint la distinction prônée par Jean de Coodt<sup>13</sup> selon que les formalités substantielles touchent ou non à l'organisation des cours et tribunaux. Selon l'auteur, seules les violations des premières seraient sanctionnées de nullité. Il cite plusieurs exemples, dont le cas du juge d'instruction qui accomplit un acte dans une cause où il est intervenu précédemment comme magistrat du ministère public, d'une instruction ouverte sur dénonciation de l'inspection spéciale des impôts sans autorisation préalable du directeur régional, etc. En ce qui concerne les violations d'une forme substantielle ne touchant pas à l'organisation judiciaire, leur sanction dépendrait du contexte de la violation, de son objet et de son incidence sur le droit à un procès équitable<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Cass., 24 avril 2013, J.T., 2013, p. 416, avec les conclusions contraires de l'Avocat général D. VANDERMEERSCH, note L. KENNES, « La question des compétences réservées au juge d'instruction échappe au contrôle *Antigone* ».

<sup>13</sup> J. DE COODT, « Preuve pénale et nullités », *op. cit.*, pp. 642-648.

<sup>14</sup> *Ibid.* Voy. aussi Cass., 26 janvier 2011, T. *Straft*, 2011, p. 268, note F. SCHUERMANS. En l'espèce, il s'agissait de la preuve d'une infraction recueillie par un agent forestier en dehors du champ de sa compétence territoriale. La Cour de cassation a cassé l'arrêt attaqué au motif qu'il ne constate pas que la fiabilité de la preuve serait compromise par l'illégalité dénoncée, que celle-ci compromettrait une valeur supérieure à l'efficacité de la justice pénale ou porterait atteinte à un droit protégé par la norme transgressée, que les droits de la défense ont été vidés de leur substance par suite de l'intervention de l'agent en dehors de son triage, que l'action de cet agent sans compétence fut intentionnelle ou relève d'une erreur inexcusable, ou que l'irrégularité est plus grave que l'infraction qu'elle prouve.

L'ajout de ce nouveau critère fondé sur les formalités substantielles qui touchent à l'organisation des cours et tribunaux n'est pas sans incidence sur la cohérence de la jurisprudence *Antigone* elle-même. Comme l'a relevé l'Avocat général Damien Vandermeersch dans ses conclusions contraires précédant l'arrêt du 24 avril 2013 de la Cour de cassation, « une telle position risque de déboucher sur une situation paradoxale en matière de perquisitions : une visite domiciliaire illégale parce que réalisée par des inspecteurs sociaux sans le mandat ou l'autorisation d'un juge, pourrait être "sauvée" par la jurisprudence dite *Antigone* tandis qu'une perquisition ordonnée ou autorisée par un juge, mais irrégulière parce que ce juge s'avérerait incompétent, serait irrémédiablement inadmissible ».

Laurent Kennes souligne que « [...] sur un débat aussi sensible, il ne faut pas négliger que la décision intervenue a été prononcée par la deuxième chambre francophone de la Cour de cassation, et non par les chambres réunies. Rien n'indique que la section néerlandophone adoptera une même position, et cela, même si, de manière générale, la Cour a le souci d'adopter au fil du temps une position cohérente. »<sup>15</sup>

Sans attendre cet arrêt, une partie importante de la doctrine a mis en avant que, s'agissant de formalités essentielles à l'administration d'une bonne justice, elles devraient être assimilées aux formalités prescrites à peine de nullité et entraîner la nullité de la preuve<sup>16</sup>. À l'appui de ce raisonnement, il a été notamment rappelé que la Cour de cassation vérifie si les formalités « substantielles ou prescrites à peine de nullité » ont été observées.

L'atteinte à la fiabilité de la preuve recouvre les hypothèses où l'irrégularité commise entache la valeur intrinsèque de la preuve. Il s'agirait, par exemple, du recours à l'hypnose, à la violence ou à la privation d'aliments ou de repos, ou à des procédés déloyaux pour extorquer un aveu<sup>17</sup>, ou encore de méthodes particulières de recherche non soumises au contrôle de la chambre des mises en accusation<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> L. KENNES, « La question des compétences réservées au juge d'instruction échappe au contrôle *Antigone* », note sous Cass., 24 avril 2013, J.T., 2013, p. 421.

<sup>16</sup> D. DE WOLF, « Nieuwe wending in de rechtspraak betreffende de sanctie bij onrechtmatig verkregen bewijs : het cassatiearrest van 14 oktober 2003 », R.W., 2004, p. 1237 ; F. SCHUERMANS, « De nieuwe cassatie rechtspraak inzake sanctionering van het onrechtmatig verkregen bewijs : doorbraak of bres ? », R.A.B.G., 2004, pp. 345-346 ; F. KUTY, « La règle de l'exclusion de la preuve illégale ou irrégulière : de la précision au bouleversement », R.C.J.B., 2004, p. 427 ; F. KUTY, « Le droit de la preuve au regard de la jurisprudence récente de la Cour de cassation », *op. cit.*, pp. 80-81 ; H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, *op. cit.*, p. 1012.

<sup>17</sup> F. KUTY, « La règle de l'exclusion de la preuve illégale ou irrégulière : de la précision au bouleversement », *op. cit.*, pp. 428-429.

<sup>18</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 1163.

Plusieurs auteurs<sup>19</sup> ont fait observer, à bon escient, que cette question relève davantage de l'appréciation de la valeur probante d'une preuve<sup>20</sup> que de sa régularité. Un élément de preuve dépourvu de valeur probante doit être écarté par le juge, peu importe qu'il ait été recueilli de manière régulière ou non.

En outre, comme le souligne Karen Rosier, « la question de la fiabilité n'est pas fondamentalement distincte de la préoccupation du droit au respect à un procès équitable, qui ne se limite pas à la phase du procès, mais également à la manière dont les preuves sont recueillies »<sup>21</sup>. À l'appui de ce constat, elle cite l'arrêt de la Cour de cassation du 3 octobre 2012, où il est précisé que « le droit au procès équitable s'apprécie par rapport à l'ensemble de la procédure, en recherchant si les droits de la défense ont été respectés, en examinant si la personne poursuivie a eu la possibilité de contester l'authenticité des preuves et de s'opposer à leur utilisation, en vérifiant si les circonstances dans lesquelles les éléments à charge ont été obtenus jettent le doute sur leur crédibilité ou leur exactitude, et en évaluant l'influence de l'élément de preuve obtenu irrégulièrement sur l'issue de l'action publique »<sup>22</sup>. Il semble, en effet, en résulter que l'atteinte à la fiabilité de la preuve peut être prise en compte au niveau de l'appréciation du respect du droit à un procès équitable.

Quant à l'atteinte au droit à un procès équitable, qui est la plus souvent invoquée par la défense, elle s'apprécie à l'aune de l'article 6, § 1<sup>er</sup>, de la Convention européenne des droits de l'homme, compte tenu de l'ensemble des éléments de la cause, de la manière selon laquelle la preuve a été recueillie et des circonstances dans lesquelles l'irrégularité a été commise<sup>23</sup>.

Comme exemple, nous pouvons citer une perquisition réalisée sur la base d'un mandat dont la motivation est tellement lacunaire qu'il est impossible d'en contrôler l'exécution ou une saisie d'objets en l'absence d'inventaire permettant de la contester<sup>24</sup>.

Nous rejoignons l'opinion d'Adrien Masset selon laquelle « il peut être déploré que le seul guide pour le magistrat soit la notion de procès équitable, notion

<sup>19</sup> D. DE WOLF, « Nieuwe wending in de rechtspraak betreffende de sanctie bij onrechtmatig verkregen bewijs: het cassatiearrest van 14 oktober 2003 », *op. cit.*, p. 1237; F. KUTY, « La règle de l'exclusion de la preuve illégale ou irrégulière: de la précision au bouleversement », *op. cit.*, pp. 428-429; Ph. TRAEST, « Onrechtmatig verkregen doch bruikbaar bewijs: het Hof van Cassatie zet de bakens uit », *T. Straffr.*, 2004, p. 137; H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, *op. cit.*, p. 1012.

<sup>20</sup> Lorsque la loi n'établit pas un mode spécial de preuve, le juge apprécie souverainement la valeur probante des éléments sur lesquels il fonde sa conviction et qui ont régulièrement été soumis au débat contradictoire (Cass., 30 mars 2011, R.G. n° P.10.1940.F).

<sup>21</sup> K. ROSIER, « Surveillance, vie privée et recevabilité de la preuve », in *Discipline et surveillance dans la relation de travail*, Limal, Anthemis, 2013, p. 557.

<sup>22</sup> Cass., 3 octobre 2012, R.G. n° P.12.0709.F.

<sup>23</sup> Cass., 29 novembre 2011, J.T., 2012, p. 463, note M.-Fr. RIGAUX.

<sup>24</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 1163.

floue de la procédure pénale par excellence, et à la consistance éminemment variable selon que la réflexion se fait par le prévenu, le ministère public et enfin le magistrat »<sup>25</sup>.

### C. Les circonstances pouvant aider le juge dans l'application du test *Antigone*

5. Le sort des preuves irrégulières en application du test *Antigone* relève de l'appréciation souveraine du juge du fond<sup>26</sup>, « pour autant que les circonstances sur lesquelles le juge se fonde soient de nature à justifier sa décision »<sup>27</sup>.

Afin d'aider le juge dans cette appréciation, la Cour de cassation a donné certaines indications lui permettant de déterminer si l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable. Ainsi, le juge est rendu attentif notamment au mode d'obtention de la preuve et aux circonstances de l'illicéité<sup>28</sup>. Lors de son examen des éléments de la cause, le juge peut avoir égard aux circonstances suivantes :

- le fait que l'autorité chargée de l'information, de l'instruction et de la poursuite des infractions ait ou non commis intentionnellement l'acte illicite ;
- la circonstance que l'illicéité commise soit sans commune mesure avec la gravité de l'infraction dont l'acte irrégulier a permis la constatation ;
- le fait que la preuve obtenue illicitement ne concerne qu'un élément matériel de l'existence de l'infraction.

Selon la Cour de cassation elle-même, le fait que le juge ne prenne pas en considération l'ensemble des circonstances citées ne rend pas, en tant que tel, sa décision irrégulière<sup>29</sup>.

6. Dans l'arrêt *Manon*<sup>30</sup>, en 2005, la chambre francophone de la Cour de cassation s'est ralliée à la jurisprudence de 2003 de la chambre néerlandophone, faisant siens les critères de l'arrêt *Antigone*. Les faits portaient sur la constatation d'un vol sur un lieu de travail au moyen de vidéosurveillance. Dans cet arrêt, la Cour a ajouté que le juge, pour décider qu'il y a lieu d'admettre des éléments irrégulièrement produits, peut prendre en considération notamment le fait que

<sup>25</sup> A. MASSET, « Les preuves illégales et irrégulières en matière pénale : 8 ans d'application du test *Antigone* », in *La Preuve en droit pénal*, Les dossiers de la R.D.P.C., Bruxelles, la Charte, 2011, p. 35.

<sup>26</sup> Ch. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, 8<sup>e</sup> éd., Anvers, Maklu, 2011, p. 1214.

<sup>27</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 1164.

<sup>28</sup> Cass., 23 mars 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 500, R.A.B.G., 2004, p. 1061, obs. F. SCHUERMANS, *Vigiles*, 2004, p. 166, obs. F. SCHUERMANS; Cass., 16 novembre 2004, R.G. n° P.04.0644.N et n° P.04.1127.N; Cass., 31 octobre 2006, *T. Straffr.*, 2007, p. 53, note F. SCHUERMANS.

<sup>29</sup> Cass., 5 juin 2012, *Pas.*, 2012, I, p. 1304, n° 363.

<sup>30</sup> Cass., 2 mars 2005, J.L.M.B., 2005, p. 1085.

cette irrégularité soit sans incidence sur le droit ou la liberté protégés par la norme transgressée.

Dans un arrêt du 10 mars 2008, la Cour de cassation a précisé que « sauf en cas de violation d'une formalité prescrite à peine de nullité, une telle preuve ne peut être écartée que si elle a été recueillie d'une manière qui est entachée d'un vice préjudiciable à sa crédibilité ou qui porte atteinte au droit à un procès équitable. Le juge qui procède à cette appréciation est tenu d'avoir égard à tous les éléments de la cause. Ainsi, il peut tenir compte, notamment, du caractère purement formel de l'irrégularité, de l'absence de conséquence du vice invoqué sur le droit ou la liberté protégés par la règle violée, de la circonstance que l'irrégularité imputée aux services de police ou au plaignant n'est pas intentionnelle, du fait que la preuve illicitement recueillie porte uniquement sur un élément matériel de l'infraction ou encore de la circonstance que l'irrégularité qui a précédé ou contribué à la constatation de l'infraction est hors de proportion avec la gravité de celle-ci. »<sup>31</sup> La Cour de cassation a censuré l'arrêt attaqué au motif que les juges d'appel ont refusé d'apprécier l'admissibilité de la preuve « à la lumière des critères ou circonstances précités » (nous soulignons).

Notons que ces « circonstances » énumérées par la Cour de cassation dans l'arrêt précité ne sont pas toutes reprises dans les différentes décisions qui font application du test *Antigone*. Elles sont parfois aussi désignées dans des termes sensiblement différents visant un rapport de proportionnalité entre l'illicéité commise et la gravité de l'infraction constatée.

7. Nous pouvons nous demander si ces circonstances censées aider le juge dans son évaluation sont ou non d'un éclairage utile sur l'atteinte au droit à un procès équitable.

La première circonstance relative à l'illicéité commise intentionnellement ne paraît pas constituer un critère adéquat pour le juge qui statue sur le sort à réserver à une preuve recueillie irrégulièrement.

Cette circonstance peut faire penser à la jurisprudence de la Cour de cassation de 1990 par laquelle elle avait estimé que l'exclusion de la preuve illicite dépendait de la qualité et des intentions de la personne qui se trouvait à l'origine de l'illicéité ou de l'irrégularité commise<sup>32</sup>.

Cela étant, il s'agit d'un critère qui n'est pas susceptible de faire pencher à lui seul l'appréciation du juge vers un rejet de la preuve. En effet, selon l'interprétation de la Cour de cassation elle-même, la circonstance que l'autorité pour-

<sup>31</sup> Cass., 10 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 580, note R. DE BAERDEMAEKER.

<sup>32</sup> Cass., 17 janvier 1990, *R.D.P.C.*, 1990, p. 653, *R.W.*, 1990-1991, p. 463, note L. HUYBRECHTS, « Het door de aangever onrechtmatig verkregen bewijs »; Cass., 17 avril 1991, *R.D.P.C.*, 1992, p. 94, note Ch. DE VALKENEEER, « De illicéité commise par un tiers dans l'administration de la preuve ».

suivante ait commis l'illicéité intentionnellement pour obtenir une preuve ne doit pas nécessairement mener à l'exclusion de cette preuve<sup>33</sup>. Par ailleurs, la Cour de cassation a admis qu'une irrégularité commise non intentionnellement mais de manière inexcusable par des policiers pouvait tout de même conduire le juge à exclure les preuves en résultant<sup>34</sup>. À la lumière de ce qui précède, nous partageons dès lors les réserves de plusieurs auteurs quant à la pertinence d'un tel critère<sup>35</sup>.

Quant à la deuxième circonstance qui vise la proportionnalité entre la gravité de l'illicéité de l'acte et celle de l'infraction constatée, elle appelle également des réflexions critiques. En premier lieu, la condition de proportionnalité se retrouve dans plusieurs dispositions légales régissant le recours à certains modes de preuve plus attentatoires aux libertés fondamentales (notamment les perquisitions et les écoutes téléphoniques). Il est ainsi déjà tenu compte de la gravité des infractions pour lesquelles ces modes de preuve peuvent être utilisés. Ensuite, la justification fondée sur la gravité importante de l'infraction laisse perplexes s'agissant du droit à un procès équitable. Comme le relèvent à bon escient Henri D. Bosly, Damien Vandermeersch et Marie-Aude Beernaert, « la Cour européenne paraît d'ailleurs prendre position à l'encontre d'un tel critère lorsqu'elle affirme que c'est face aux peines les plus lourdes que le droit à un procès équitable doit être assuré au plus haut degré possible par les sociétés démocratiques »<sup>36</sup>. Et de constater que dans l'affaire dite de la « KBLux », nonobstant la gravité de l'infraction constatée (la fraude fiscale), les poursuites ont été déclarées irrecevables, car il a été jugé que l'enquête relative aux faits de fraude fiscale fut, dès son origine, menée de manière déloyale<sup>37</sup>, de telle manière que les prévenus furent irrémédiablement privés de leur droit à un procès équitable<sup>38</sup>. De plus, comme le souligne Franklin Kutry, l'appréciation de cette circonstance « conduira à l'occasion le juge à admettre la commission d'infractions ou la méconnaissance de dispositions procédurales dans le chef des

<sup>33</sup> Cass., 31 octobre 2006, *T. Strafr.*, 2007, note F. SCHUERMANS.

<sup>34</sup> Cass., 23 septembre 2008, *T. Strafr.*, 2009, p. 151, note F. SCHUERMANS, « Antigoon geen vrijgeleide voor onbehoorlijk politieoptreden : trekt cassatie de teugels aan ? ». Voy. aussi Cass., 26 janvier 2011, *T. Strafr.*, 2011, p. 268, note F. SCHUERMANS.

<sup>35</sup> H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, op. cit., p. 1015.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 1016, citant Cour eur. D.H. (grande chambre), 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*, § 54.

<sup>37</sup> Rappelons que l'article 56, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle dispose que le juge d'instruction veille à la loyauté des moyens de preuve et à la loyauté avec laquelle ils sont rassemblés. Dans le même sens, l'article 28bis, § 3, alinéa 2, dudit Code prévoit la même obligation à charge du procureur du Roi dans le cadre de l'information.

<sup>38</sup> Cass., 31 mai 2011, *J.T.*, 2011, p. 583, avec les conclusions de l'Avocat général J.-M. GENICOT, note M.-A. BEERNAERT, « Dénouement dans la saga KBLux ». Cet arrêt confirme les décisions précédentes (voy. Corr. Bruxelles, 8 décembre 2009, *J.T.*, 2010, p. 6, *J.L.M.B.*, 2010, p. 60; Bruxelles, 10 décembre 2010, *J.T.*, 2010, p. 54, *J.L.M.B.*, 2011, p. 129).

forces de l'ordre et à les couvrir, ce qui ne va pas sans poser quelque question du point de vue éthique ou moral »<sup>39</sup>.

La troisième circonstance porte sur le fait que l'illicéité ne concerne qu'un élément matériel de l'infraction sans établir par elle-même la culpabilité du prévenu<sup>40</sup>. Par exemple, si le cadavre d'un homme assassiné est trouvé lors d'une visite domiciliaire illicite réalisée dans le cadre d'infractions relatives aux stupéfiants, la preuve ne porterait que sur la matérialité du crime<sup>41</sup>. Ainsi compris, ce critère se rapproche de la distinction que la Cour de cassation opérait précédemment entre la dénonciation (c'est-à-dire la communication du délit qui pouvait elle-même résulter d'une infraction) et la preuve de celle-ci (rapportée ultérieurement de façon tout à fait licite par une personne autre que le dénonciateur)<sup>42</sup>. Comme le relève Franklin Kutry, « ce critère est sans doute le plus nébuleux » et il serait heureux que la Cour en explicite le fondement et en précise la portée<sup>43</sup>.

Quant au fait que l'irrégularité commise soit sans incidence sur le droit ou la liberté protégés par la norme transgressée, ou le caractère purement formel de l'irrégularité, force est toutefois d'admettre que, dans pareil cas, il peut s'agir d'un élément d'appréciation utile, se rapprochant de l'adage civil « pas de nullité sans grief »<sup>44</sup>. Le projet contenant le Code de procédure pénale s'inscrivait dans le même sens en prévoyant que les nullités qui ne sont pas d'ordre public ne soient prononcées que si l'omission ou l'irrégularité dénoncée a nui aux intérêts de la partie qui l'invoque ou à l'équité de la procédure<sup>45</sup>.

Signalons aussi, en matière de chasse, un arrêt du 18 octobre 2005<sup>46</sup> par lequel la Cour d'appel de Liège a confirmé la recevabilité des poursuites dans une cause où l'irrégularité commise dans l'enquête judiciaire pour effectuer des constatations sur un territoire de chasse sans réquisitions préalables n'a pas porté atteinte à la vie privée des prévenus et n'a pas entravé leur droit de contredire librement les éléments produits à leur charge. La cour d'appel a ainsi estimé que leur droit à un procès équitable n'a été en rien compromis.

En conclusion, l'énoncé des circonstances susmentionnées par la Cour de cassation ne nous semble pas être d'un apport déterminant pour le juge amené à décider de l'écartement ou non de preuves irrégulières.

Par ailleurs, il ressort de cette jurisprudence *Antigone* que les cas où les preuves irrégulières seront écartées des débats risquent malheureusement de se raréfier<sup>47</sup>. Or, dans ses conclusions précédant l'arrêt *Manon* du 2 mars 2005<sup>48</sup>, l'Avocat général Damien Vandermeersch avait déjà souligné l'importance de fixer des balises supplémentaires en ce qui concerne la violation des droits et libertés fondamentaux : « Il est [...] des libertés et des droits fondamentaux dont on ne peut relativiser les violations sous peine de les banaliser : dans ces hypothèses, seule l'exclusion de la preuve peut venir sanctionner adéquatement l'irrégularité commise. Je songe ici notamment à la preuve recueillie suite à une perquisition ou une écoute illégale, à la preuve obtenue en violation du secret professionnel, du droit au silence ou des droits de la défense et à la preuve qui n'a pas été soumise au principe du contradictoire. Comme la protection de ces droits ne s'identifie pas nécessairement au droit à un procès équitable, il me paraît essentiel de poser ici une balise supplémentaire : la preuve devrait être exclue en cas de violation des libertés et droits fondamentaux lorsque la valeur protégée (secret professionnel, inviolabilité du domicile...) représente, dans une société démocratique, une valeur supérieure à celle de l'efficacité de la justice pénale [...] ».

S'agissant des preuves recueillies en violation du secret professionnel, rappelons qu'elles sont en principe sans valeur<sup>49</sup>, sauf à admettre un état de nécessité ou une autorisation par l'article 458bis du Code pénal<sup>50</sup> justifiant cette violation.

En observant la tendance croissante de recourir à des méthodes d'enquête illégales, nous pouvons nous demander comment dissuader les forces de police de recourir à des moyens de preuve illégaux si, *in fine*, la procédure ayant mené à une condamnation fondée sur ces éléments passe tout de même pour équitable,

<sup>39</sup> F. KUTRY, « Le droit de la preuve à l'épreuve des juges », *op. cit.*, p. 354.

<sup>40</sup> H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, *op. cit.*, p. 1017.

<sup>41</sup> B. DE SMET, « Stromingen in het stelsel van nietigheden. Nieuwe criteria voor de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs », *T. Strafr.*, 2005, p. 257.

<sup>42</sup> Cass., 30 mai 1995, R.D.P.C., 1996, p. 118 et *Rev. Cass.*, 1996, p. 150; Ph. TRAEST, « De internationalisering van het bewijsrecht : over telefoontap en de eisen die aan het in het buitenland verworven bewijs moeten gesteld worden », *op. cit.*, p. 142. Dans cette affaire, les preuves obtenues légalement en Belgique l'avaient été sur la base de renseignements communiqués par la gendarmerie française à la suite d'écoutes téléphoniques illégales.

<sup>43</sup> F. KUTRY, « Le droit de la preuve à l'épreuve des juges », *op. cit.*, p. 354.

<sup>44</sup> H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, *op. cit.*, p. 1017; B. DE SMET, « Stromingen in het stelsel van nietigheden. Nieuwe criteria voor de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs », *op. cit.*, p. 257.

<sup>45</sup> Art. 9 du Projet de loi contenant le Code de procédure pénale, *Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, n° 2138/001.

<sup>46</sup> Liège, 18 octobre 2005, J.L.M.B., 2006, p. 597.

<sup>47</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 1164.

<sup>48</sup> Conclusions de Monsieur l'Avocat général D. VANDERMEERSCH sous Cass., 2 mars 2005, R.D.P.C., 2005, pp. 675-676. L'Avocat général n'a malheureusement pas été suivi sur ce point par la Cour de cassation.

<sup>49</sup> Liège, 25 mai 2009, J.L.M.B., 2009, p. 1184, T. Gez. / *Rev. Dr. Santé*, 2009-2010, p. 44; J. DE CODT, *Des nullités de l'instruction et du jugement*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 124. Voy. également l'article 458bis du Code pénal.

<sup>50</sup> Le champ d'application de l'article 458bis du Code pénal a été considérablement étendu par la loi du 30 novembre 2011 tendant à améliorer l'approche des abus sexuels et des faits de pédophilie dans une relation d'autorité. Sur ce sujet, voy. C. GENICOT, « L'article 458bis nouveau du Code pénal : le secret médical dans la tourmente », J.T., 2012, pp. 717-725. Voy. aussi la loi du 23 février 2012 modifiant l'article 458bis du Code pénal en vue d'étendre celui-ci aux délits de violence domestique, M.B., 26 mars 2012.

nonobstant la violation d'autres droits garantis par la Convention (dont le droit au respect de la vie privée)<sup>51</sup>.

8. Adrien Masset a analysé les jugements et arrêts rendus sur huit années d'application du test *Antigone*<sup>52</sup>. Les situations dans lesquelles a été soulevée une irrégularité de la preuve sont diverses : fouilles de personnes<sup>53</sup> et de véhicule<sup>54</sup>, déclarations faites sous serment par un coïnculpé entendu à l'étranger dans le cadre d'une commission rogatoire internationale<sup>55</sup>, surveillance par caméras<sup>56</sup>, perquisitions et visites domiciliaires<sup>57</sup>, identification par analyse ADN<sup>58</sup>, écoutes téléphoniques<sup>59</sup>, poursuites transfrontalières illégales<sup>60</sup>, usage d'une arme à feu de service<sup>61</sup>, intervention de tiers au moyen d'une voiture équipée de caméras afin de constater des infractions de roulage<sup>62</sup>, mandat de perquisition<sup>63</sup>, utilisation d'un courrier confidentiel entre avocats<sup>64</sup> et de la correspondance échan-

gée entre un avocat et son client<sup>65</sup>, présence d'un caméraman lors d'un devoir d'instruction<sup>66</sup>, recours à des agents infiltrants<sup>67</sup>, observations systématiques de personnes et de lieux<sup>68</sup>, recherches informatiques<sup>69</sup>, auditions vidéo filmées<sup>70</sup>, déclarations auto-incriminantes faites en garde à vue sans l'assistance effective d'un avocat<sup>71</sup>, etc.

En conclusion de cette analyse de jurisprudence, l'auteur constate que l'assise juridique du test *Antigone* est définitivement acquise, faisant des principes de légalité et de loyauté une obligation de moyen et non plus de résultat<sup>72</sup>.

D. Un test auquel doivent se soumettre tant les juridictions de jugement que les juridictions d'instruction

9. Les critères d'appréciation des preuves irrégulières qui se dégagent de la jurisprudence *Antigone* s'imposent non seulement aux juridictions de jugement, mais aussi aux juridictions d'instruction. Ainsi, la chambre du conseil, dans le cadre du règlement de procédure, en tiendra compte lorsqu'elle constate une irrégularité affectant l'obtention de la preuve. De même, la chambre de mises en accusation devra veiller à s'y conformer lorsqu'elle contrôle la régularité de la procédure<sup>73</sup>. À défaut, la Cour de cassation exercera sa censure à l'égard d'une décision « qui écarte une preuve illégale, par exemple une perquisition irrégulière, sans s'interroger au préalable, en fonction des critères énoncés ci-dessus, sur l'incidence de l'irrégularité sur le droit à un procès équitable »<sup>74-75</sup>. Nous

<sup>65</sup> Bruxelles (mis. acc.), 26 janvier 2011, J.T., 2011, p. 541, note N. COLETTE-BASECQZ. « La correspondance échangée entre l'avocat et son client : la règle du secret professionnel et ses dérogations ». La chambre des mises en accusation a observé que l'usage d'une telle preuve recueillie en violation du secret professionnel compromettrait, dans ces circonstances, le droit des inculpés à un procès équitable.

<sup>66</sup> Corr. Termonde, 29 mars 2006, T. Straffr., 2007, p. 123, note. Voy. également, concernant la présence d'un caméraman qui a filmé les infractions en matière de roulage, Cass., 21 novembre 2006, Pas., 2006, I, p. 2437.

<sup>67</sup> Cass., 31 octobre 2006, précité.

<sup>68</sup> Cass., 27 juin 2007, Pas., 2007, I, p. 1369.

<sup>69</sup> Bruxelles, 26 juin 2008, T. Straffr., 2008, p. 467, note.

<sup>70</sup> Corr. Verviers, 6 novembre 2009, J.L.M.B., 2010, p. 468, note O. MICHIELS.

<sup>71</sup> Cass., 15 décembre 2010, J.L.M.B., 2011, p. 118, note L. KENNES/J.T., 2011, p. 48, obs. La Cour de cassation a conclu à une violation de l'article 6, § 1<sup>er</sup>, de la Convention européenne des droits de l'homme. Il s'agit d'une première application en droit belge de l'enseignement de la jurisprudence *Saldud* de la Cour européenne.

<sup>72</sup> A. MASSET, « Les preuves illégales et irrégulières en matière pénale : 8 ans d'application du test *Antigone* », *op. cit.*, pp. 34-35.

<sup>73</sup> Cass., 4 décembre 2007, R.W., 2008-2009, p. 110, note B. DE SMET.

<sup>74</sup> J. DE CORT, « Preuve pénale et nullités », *op. cit.*, p. 639.

<sup>75</sup> Pour des illustrations, voy. Cass., 12 octobre 2005, R.G. n° P05.0119.F. Voy. également Cass., 8 novembre 2005, R.G. n° P05.1106.N : « Bien qu'en droit belge, l'usage d'une preuve que l'autorité chargée de la recherche, de l'enquête et de la poursuite des infractions ou qu'un dénonciateur, en vue de fournir cette preuve, ont recueillie à la suite d'une infraction, en violation d'une règle de la procédure pénale, à la suite d'une atteinte portée au droit à la vie privée, en violation des droits de la défense ou en violation du droit à la dignité humaine, ne soit en principe pas autorisé, le juge ne peut écarter une preuve recueillie illégalement que : soit lorsque le respect de certaines conditions de forme est prescrit à peine de nullité, soit lorsque l'illégalité commise a entaché la fiabilité de la preuve, soit lorsque l'usage de la preuve viole le droit à un procès équitable » ; Cass., 4 décembre 2007, R.W., 2008-2009,

<sup>51</sup> Notons que dans l'arrêt du 23 septembre 2008 (Cass., 23 septembre 2008, T. Straffr., 2009, p. 151, note F. SCHUERMANS, « *Antigoon geen vrijgeleide voor onbehoorlijk politieoptreden : trekt cassatie de teugels aan ?* »), la Cour de cassation semble reconnaître que la jurisprudence *Antigone* ne constitue pas une carte blanche pour des verbalisateurs qui commettraient une erreur non intentionnelle, mais inexcusable. Cet arrêt est à mettre en rapport avec l'arrêt de la Cour de cassation du 31 octobre 2006 (R.G. n° P06.1016.N), concernant la commission intentionnelle de l'acte illicite comme circonstance pour l'appréciation de la recevabilité de la preuve. Voy. aussi Cass., 26 janvier 2011, T. Straffr., 2011, p. 268, note F. SCHUERMANS.

<sup>52</sup> A. MASSET, « Les preuves illégales et irrégulières en matière pénale : 8 ans d'application du test *Antigone* », *op. cit.*, pp. 11-34.

<sup>53</sup> Mons, 8 septembre 2010, Dr. pén. entr., 2011, p. 63, note J.-P. LETE.

<sup>54</sup> Cass., 14 octobre 2003, précité.

<sup>55</sup> Cass., 23 mars 2004, précité.

<sup>56</sup> Cass., 9 juin 2004, R.D.P.C., 2004, p. 1260 et Cass., 2 mars 2005, précité ; Anvers, 26 octobre 2005, T. Straffr., 2006, p. 31, note F. VERBUGGEN ; Cass., 17 mars 2010, R.G. n° P09.1691.F. Voy. aussi Corr. Charleroi (vac.), 8 octobre 2012, J.L.M.B., 2013, p. 1477 (Le fait que le placement de caméras de surveillance ne réponde que partiellement aux conditions imposées par la loi du 21 mars 2007 régissant l'installation et l'utilisation de caméras n'entraîne ni l'irrecevabilité des poursuites ni la nullité des preuves ainsi recueillies. Aucune forme prescrite à peine de nullité n'a, en effet, été violée, la fiabilité de la preuve n'est pas mise en cause et le droit du prévenu à un procès équitable n'a pas été méconnu).

<sup>57</sup> Cass., 16 novembre 2004, précité ; Cass., 4 décembre 2007, R.W., 2008-2009, p. 110, note B. DE SMET ; Anvers, 23 avril 2008, Vigiles, 2009, liv. 1, p. 30, note S. DE DECKER ; Cass., 23 septembre 2008, T. Straffr., 2009, p. 151, note F. SCHUERMANS ; Anvers, 2 octobre 2009, T. Straffr., 2010, p. 54, note F. SCHUERMANS.

<sup>58</sup> Cass., 25 mai 2005, Pas., 2005, I, p. 1020, R.D.P.C., 2005, p. 1297, J.L.M.B., 2005, p. 1408. En cette cause, la Cour a refusé l'application du test *Antigone* dans le domaine de la preuve dite légale. Dans une autre cause relative au transfert des traces découvertes de cellules ADN vers un laboratoire agréé, il ne s'agissait pas de la preuve légale, car la méconnaissance des règles n'est pas sanctionnée de nullité (Cass., 2 novembre 2005, R.D.P.C., 2006, p. 218).

<sup>59</sup> Cass., 5 octobre 2005, Pas., 2005, I, p. 1817, R.D.P.C., 2006, p. 208, T. Straffr., 2006, p. 20, note P. VANWALLEGHEM ; Cass., 19 juin 2007, T. Straffr., 2008, p. 41, note.

<sup>60</sup> Cass., 12 octobre 2005, précité.

<sup>61</sup> Corr. Gand, 19 octobre 2005, T. Straffr., 2006, p. 33, note F. SCHUERMANS et Gand, 20 septembre 2007, T. Straffr., 2007, p. 396, note F. SCHUERMANS.

<sup>62</sup> Cass., 8 novembre 2005, R.D.P.C., 2006, p. 672.

<sup>63</sup> Cass., 15 novembre 2005, Pas., 2005, I, p. 2254 ; Gand (mis. acc.), 1<sup>er</sup> décembre 2009, Juristenkrant, 2010, liv. 214, p. 6 ; Liège, 10 mai 2010, J.L.M.B., 2010, p. 1290.

<sup>64</sup> Corr. Termonde, 13 février 2006, T. Straffr., 2006, p. 157, note.



remarquons le malaise engendré par cette situation où la Cour suprême, de laquelle émane ce revirement de jurisprudence, exerce elle-même un contrôle sur le respect des critères qu'elle a instaurés, mais qui ne résultent pas de la loi...

#### E. La preuve de l'illégalité ou de l'irrégularité d'un moyen de preuve et son incidence sur les poursuites

10. Lorsque le prévenu allègue de façon crédible, sans que cela ne soit infirmé par la partie poursuivante, l'illégalité ou l'irrégularité d'un moyen de preuve ou lorsqu'il demeure un doute à ce propos, le juge qui constate que les éléments qui lui sont soumis sont insuffisants pour examiner le caractère illégal ou irrégulier du moyen de preuve peut le déclarer légitimement inadmissible<sup>76</sup>.

11. Selon les règles régissant l'administration de la preuve, le juge écarte des débats une preuve illégale ou irrégulière considérée comme devant être exclue selon les critères du test *Antigone*, ainsi que tous les actes d'information ou d'instruction qui en sont la conséquence directe<sup>77</sup>; le juge peut toutefois se prononcer sur la base d'autres éléments de preuve soumis à la libre discussion des parties et non affectés d'un vice. La Cour de cassation, dans un arrêt du 30 mars 2010<sup>78</sup>, a précisé que l'exclusion de moyens de preuve en raison de leur illégalité ou irrégularité ou de l'impossibilité d'en examiner la légalité ou la régularité n'implique pas l'irrecevabilité de l'action publique, ajoutant que l'action publique et le droit de l'exercer trouvent leur origine dans la commission de l'infraction elle-même, indépendamment de la manière dont elle est ultérieurement exercée et de la façon de recueillir des preuves. En l'espèce, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers qui avait conclu à l'irrecevabilité des poursuites en raison du refus du ministère public de joindre au dossier, sur invitation de la cour, les pièces relatives à la procédure menée

p. 110, note B. DE SMET : « N'est pas légalement justifiée, la décision du juge qu'une preuve obtenue illicitement est irrecevable s'il ne résulte pas de ses motifs qu'il a formé sa conviction à la lumière des critères ou que par l'irrégularité commise soit une formalité prescrite à peine de nullité est violée, soit l'obtention de la preuve est entachée d'un vice de nature à lui ôter sa fiabilité ou à compromettre le droit à un procès équitable, pouvant notamment, prendre en considération une circonstance ou l'ensemble des circonstances que l'autorité chargée de l'information, de l'instruction et de la poursuite des infractions a ou non commis intentionnellement l'acte illicite, soit que la gravité de l'infraction dépasse de manière importante l'illicéité commise, soit que la preuve obtenue illicitement ne concerne qu'un élément matériel de l'existence de l'infraction; tel est le cas lorsque le juge décide que les moyens de preuve qui sont la conséquence d'une perquisition illicite dans un hangar sont irrecevables au seul motif que le bailleur ne pouvait pas autoriser cette perquisition et qu'un serrurier avait été requis afin de pouvoir accéder au hangar. »

<sup>76</sup> Cass., 30 mars 2010, T. Straff., 2010, p. 276, note K. BEIRNAERT, « Het recht van verdediging en de onmogelijkheid de regelmatigheid van de procedure te controleren : staat de ontvankelijkheid van de strafvordering niet op de spel? ». Voy. également Cass., 26 juin 2007, R.G. n° P07.0333.F qui considère qu'il appartient au prévenu de susciter à tout le moins un doute raisonnable concernant la régularité de la preuve recueillie à l'étranger pour contraindre le ministère public à apporter la preuve de cette régularité.

<sup>77</sup> H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEIRNAERT, *Droit de la procédure pénale*, op. cit., p. 1021.

<sup>78</sup> Cass., 30 mars 2010, précité.

à l'étranger ayant conduit à des écoutes téléphoniques. Dans le même sens, la Cour de cassation a jugé que l'irrégularité de la preuve, due au fait qu'un prévenu a fait des déclarations sans l'assistance d'un avocat ou en violation du devoir d'information, ne donne pas lieu à l'irrecevabilité de l'action publique<sup>79</sup>.

12. L'élément de preuve illégal ou irrégulier *peut néanmoins être utilisé à décharge* par le prévenu, en vertu du respect des droits de la défense<sup>80</sup>. Ainsi, les pièces d'un dossier disciplinaire ou la décision d'un organe disciplinaire, si elles doivent être exclues des débats, pourraient toutefois être produites par le prévenu à l'appui de sa défense<sup>81</sup>.

13. Quant à la portée de cette jurisprudence *Antigone*, il a été relevé par la Cour de cassation que de la circonstance qu'une preuve obtenue irrégulièrement ne doive pas nécessairement être écartée, il ne résulte pas que le juge puisse déclarer légal un acte d'instruction qui, éventuellement, ne le serait pas<sup>82</sup>.

14. Dans un arrêt du 20 septembre 2006, la Cour de cassation<sup>83</sup>, tout en admettant qu'un juge d'instruction qui a publiquement pris attitude sur la culpabilité d'un inculpé devant une commission parlementaire perd son aptitude à assumer de manière impartiale la responsabilité de l'instruction à charge et à décharge, a cependant estimé qu'il ne s'en déduit pas que tous les actes accomplis par ce magistrat soient nécessairement nuls. Il en résulte que la chambre des mises en accusation peut considérer que le maintien provisoire dans le dossier de la procédure des actes accomplis par le juge d'instruction après sa prise de position sur la culpabilité de l'inculpé n'est pas de nature, à lui seul, à rendre impossible un examen équitable de l'ensemble de la cause par la juridiction de jugement. En cette cause, la Cour a rappelé les critères du test *Antigone*. Outre le cas de la violation d'une forme prescrite à peine de nullité, l'acte irrégulier doit être écarté lorsque l'irrégularité ôte à la preuve sa crédibilité ou sa fiabilité, ou lorsqu'elle compromet le droit à un procès équitable. À la lecture de cet arrêt, nous pouvons nous demander, avec Olivier Klees, si la Cour de cassation ne permet pas une « réparation » *a posteriori* des manquements du juge d'instruction à son devoir d'impartialité<sup>84</sup>.

Par ailleurs, cet arrêt met en exergue l'importance pour la défense de développer ses arguments de manière complète en application des critères du test

<sup>79</sup> Cass., 13 novembre 2012, R.G. n° P.12.1082.N et Cass., 26 mars 2013, R.G. n° P.12.0387.N.

<sup>80</sup> C.C., 8 mai 2002, n° 86/2002.

<sup>81</sup> S. BERNEMAN, « Loyaliteit van de bewijsvoering en bewijsstukken à décharge : *horresco referens!* », note sous Gand, 10 février 2010, R.A.B.G., 2010, p. 892.

<sup>82</sup> Cass., 22 juin 2011, R.G. n° P.11.1059.F.

<sup>83</sup> Cass., 20 septembre 2006, J.T., 2006, p. 741, note O. KLEES.

<sup>84</sup> O. KLEES, « Des pompes blanches à Landru en passant par la Cour de cassation », note sous Cass., 20 septembre 2006, J.T., 2006, p. 744.

*Antigone*. En effet, en l'espèce, la Cour de cassation a relevé que le demandeur n'a pas soutenu dans ses conclusions d'appel et que le moyen n'allègue pas que les actes d'instruction, dont il dénonce le maintien au dossier et sur la régularité desquels les juges d'appel avaient à statuer, constitueraient le soutienement de la décision relative aux charges retenues à son égard. Dans le même sens, dans un arrêt du 17 mars 2010<sup>85</sup>, la Cour de cassation a précisé que « à supposer que la preuve des faits ait été recueillie en violation des dispositions précitées de la loi du 8 décembre 1992, le demandeur n'a pas soutenu devant les juges d'appel et ne soutient pas devant la Cour que cette irrégularité a compromis son droit à un procès équitable, entaché la fiabilité de la preuve ou méconnu une formalité prévue à peine de nullité ».

#### F. Distinction entre la régularité de la preuve et sa force probante

15. La question de la régularité de la preuve doit être distinguée de celle de la force probante des éléments de preuve irrégulièrement recueillis. En effet, un élément de preuve régulièrement obtenu peut être dépourvu de force probante. De même, celle-ci peut également faire défaut dans certains cas où la preuve a été recueillie de manière irrégulière.

Par ailleurs, le législateur peut décider d'ôter toute force probante à des éléments de preuve recueillis de façon irrégulière. Il en va ainsi des déclarations auto-incriminantes faites en méconnaissance du droit à l'information sur le droit au silence, à la concertation confidentielle préalable avec l'avocat ou à l'assistance de l'avocat. La loi *Saldutz* du 13 août 2011<sup>86</sup> a ajouté à l'article 47bis du Code d'instruction criminelle un paragraphe 6 en vertu duquel « aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le (seul) fondement des déclarations qu'elle a faites en violation des §§ 2, 3 et 5 à l'exclusion du § 4, en ce qui concerne la concertation confidentielle préalable ou l'assistance d'un avocat au cours de l'audition »<sup>87</sup>. La Cour constitutionnelle, dans un arrêt du 14 février 2013<sup>88</sup>, a annulé dans cet article 47bis, § 6, le mot « seul ». Elle a estimé qu'« en permettant que des déclarations auto-incriminantes recueillies en violation du droit à l'assistance d'un avocat<sup>89</sup> soient utilisées pour fonder

une condamnation, fût-ce en combinaison avec d'autres éléments de preuve, la disposition attaquée viole les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme »<sup>90</sup>. Il en résulte que même si ces déclarations sont corroborées par d'autres éléments de preuve régulièrement obtenus, elles ne pourront en aucun cas fonder une condamnation pénale.

En cela, la Cour constitutionnelle rejoint la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>91</sup> en vertu de laquelle la prise en considération de ces preuves viole l'article 6 de la Convention, même si elles sont confortées par d'autres preuves corroborantes.

#### G. Non-application du test *Antigone* aux preuves réglementées

16. La jurisprudence *Antigone* n'est pas applicable dans les matières où la preuve pénale est spécialement réglementée (analyses ADN, écoutes téléphoniques, contrôle de l'alcoolémie, contrôle de vitesse, etc.)<sup>92</sup>, lorsque l'irrégularité provient du non-respect de conditions ou formalités strictes édictées pour garantir la valeur intrinsèque de la preuve. Dans ce cas, la preuve obtenue en violation de ces règles ne peut être admise<sup>93</sup>.

### § 2. Cour constitutionnelle

17. La Cour constitutionnelle, dans un arrêt du 22 décembre 2010<sup>94</sup> rendu sur recours préjudiciel, a estimé que la jurisprudence *Antigone* n'était pas contraire aux dispositions constitutionnelles. Elle avait été saisie de questions préjudicielles relatives à l'article 34, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police.

<sup>85</sup> C.C., 14 février 2013, n° 7/2013, § 8.60.1.

<sup>91</sup> Cour eur. D.H., 28 octobre 2010, *Leonid Lazarenko c. Ukraine*. Cependant, il n'en résultera pas nécessairement une irrecevabilité des poursuites, car la Cour européenne des droits de l'homme, en consacrant, dans l'arrêt *Gäfgen*, la théorie de « la rupture de la chaîne de causalité », a permis de prendre en compte les preuves recueillies ensuite de l'aveu irrégulier pour autant qu'elles n'aient pas d'impact sur la reconnaissance de culpabilité et sur la peine (Cour eur. D.H., 1<sup>er</sup> juin 2010, *Gäfgen c. Allemagne*, T. Strafr., 2011, p. 46, obs. T. SPONKEN, « De zaak Gäfgen : de dilemma's van het folterverbod » ; O. MICHIELS et A. JACOBS, « L'admissibilité des preuves obtenues en violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », R.D.P.C., 2011, pp. 292-307 ; O. MICHIELS et A. JACOBS, « Les implications de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme sur les preuves. La jurisprudence *Saldutz* et l'arrêt *Gäfgen* », J.T., 2011, pp. 157-158).

<sup>92</sup> Cass., 25 mai 2005, Pas., 2005, I, p. 1020, R.D.P.C., 2005, p. 1297, J.L.M.B., 2005, p. 1408 ; Cass., 26 novembre 2008, J.T., 2008, p. 741 ; Pol. Verviers, 27 mars 2007, J.J.Pol., 2007, p. 141. Voy. également A. MASSET, « Preuves pénales irrégulières ou illégales : quelles conséquences en droit de la circulation routière ? », in *Chronique de droit à l'usage des Juges de paix et de police*, Bruxelles, la Charte, 2012, n° 17, pp. 149-190 ; A. T'KINT, « La preuve légale en matière de circulation routière et la Cour de cassation », J.T., 2013, p. 205 ; P. ANDRIEN, « La preuve de la conduite en état d'imprégnation alcoolique et l'appareil Dräger », For. ass., 2012, p. 197.

<sup>93</sup> D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, op. cit., p. 1020 ; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, op. cit., pp. 1155-1156.

<sup>94</sup> C.C., 22 décembre 2010, n° 158/2010. La Cour constitutionnelle a prononcé un deuxième arrêt aillant dans le même sens (C.C., 27 juillet 2011, n° 139/2011).

<sup>86</sup> Cass., 17 mars 2010, R.G. n° P.09.1691.F.

<sup>87</sup> Loi du 13 août 2011 modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive afin de conférer des droits, dont celui de consulter un avocat et d'être assistée par lui, à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté, M.B., 5 septembre 2011.

<sup>88</sup> M.-A. BEERNAERT, N. COLETTE-BASECQZ, Ch. GUILLAIN, P. MANDOUX, M. PREUMONT et D. VANDERMEERSCH, *Introduction à la procédure pénale*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, la Charte, 2012, p. 322.

<sup>89</sup> C.C., 14 février 2013, n° 7/2013, J.L.M.B., 2013, p. 524, note A. JACOBS et O. MICHIELS, « La loi *Saldutz* confirmée et améliorée par la Cour constitutionnelle ». Voy. également C. NOIRHOMME, « La loi *Saldutz* à l'épreuve de la Cour constitutionnelle », J.T., 2013, pp. 413-415.

<sup>90</sup> Le droit de se faire assister d'un avocat est reconnu à tout suspect privé de sa liberté, lors des premières auditions par la police, par le procureur du Roi ou par le juge d'instruction. Voy. art. 2bis, § 2, et 16, § 2, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive telle que modifiée par la loi *Saldutz* du 13 août 2011.

Le prévenu qui invoquait l'illégalité du contrôle d'identité dont il avait fait l'objet soutenait que la jurisprudence *Antigone* est discriminatoire, en ce qu'une distinction injustifiable est créée entre, d'une part, les dispositions pour lesquelles le législateur a prévu – sciemment ou non – la sanction de la nullité (dont la méconnaissance conduit toujours à la nullité, de sorte qu'il existe une sécurité juridique sur ce point) et, d'autre part, les dispositions pour lesquelles le législateur n'a pas prévu – sciemment ou non – la sanction de la nullité (la sanction étant laissée à l'appréciation du juge, de sorte qu'il n'existe pas de sécurité juridique sur ce point)<sup>95</sup>.

La Cour constitutionnelle a répondu que le simple fait que le non-respect de la disposition légale incriminée ne conduise pas automatiquement à la nullité de la preuve ainsi obtenue ne peut être considéré en soi comme une limitation disproportionnée des droits des personnes faisant l'objet d'un contrôle d'identité illégal. Elle a ajouté que ni les articles 12 et 22 de la Constitution, ni les articles 6, § 1<sup>er</sup> et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme n'exigent la « nullité automatique » d'éléments de preuve obtenus illicitement. Au demeurant, la disposition en cause n'empêche pas le juge de ne pas prendre en compte la preuve obtenue – en méconnaissance de cette disposition – si l'illicéité commise devait affecter la fiabilité de la preuve ou si l'utilisation de la preuve devait conduire à une violation du droit de l'intéressé à un procès équitable, garanti par l'article 6, § 1<sup>er</sup>, de la Convention européenne des droits de l'homme.

La Cour constitutionnelle a certainement été influencée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et, en particulier, par l'arrêt *Lee Davies*.

### § 3. Cour européenne des droits de l'homme

18. Avant de recevoir un accueil favorable de la part de la Cour constitutionnelle, la jurisprudence *Antigone* avait déjà reçu l'aval de la Cour européenne des droits de l'homme. C'est dans l'arrêt *Lee Davies c. Belgique* du 28 juillet 2009<sup>96</sup> que la Cour strasbourgeoise a eu l'occasion de se prononcer. Les faits se rapportaient à une perquisition illégale ayant mené à la découverte d'un trafic de drogue.

La Cour européenne a d'abord rappelé sa jurisprudence constante<sup>97</sup> selon laquelle c'est au droit interne qu'il revient de régler l'admissibilité des preuves, celles-ci ne faisant pas l'objet de dispositions spécifiques de la Convention. Elle a ensuite ajouté qu'elle peut toutefois être amenée à examiner si la procédure, dans sa globalité, a été équitable, en ce compris la manière dont les éléments de preuve ont été recueillis. C'est donc sous l'angle de l'article 6 de la Convention européenne que la Cour a placé son analyse. La Cour européenne, à l'unanimité des juges composant la chambre, a d'abord relevé que les circonstances dans lesquelles les éléments de preuve litigieux ont été recueillis ne font aucune doute de leur fiabilité ou de leur exactitude. Elle a ensuite ajouté que le requérant s'est vu offrir la possibilité de contester, devant les trois degrés de juridiction de l'ordre interne, les éléments recueillis et les constatations faites et de s'opposer à leur utilisation. La Cour a conclu que les éléments de preuve recueillis de manière irrégulière n'avaient pas porté atteinte aux exigences du procès équitable<sup>98</sup>.

Dans l'appréciation du caractère équitable de la procédure, la Cour européenne estime que lorsque la preuve obtenue est très solide et ne prête à aucun doute, le besoin d'autres éléments à l'appui devient moindre<sup>99</sup>. Elle retient aussi la qualité de l'élément de preuve, y compris le point de savoir si les circonstances dans lesquelles il a été recueilli font douter de sa fiabilité ou de son exactitude, ainsi que le critère de proportionnalité<sup>100</sup>. Il a ainsi été considéré que le poids de l'intérêt public à la poursuite de l'infraction et à la sanction de son auteur peut être pris en considération et mis en balance avec l'intérêt de l'individu à ce que les preuves à charge soient recueillies légalement. Cependant, comme l'a

<sup>95</sup> C.C., 22 décembre 2010, n° 158/2010, § A.3.4.

<sup>96</sup> Cour eur. D.H., 28 juillet 2009, *Lee Davies c. Belgique*, R.D.P.C., 2010, p. 312, note N. COLETTE-BASECQZ, « L'admissibilité des preuves irrégulières au regard du droit à un procès équitable : la jurisprudence *Antigone* sous la loupe de la Cour européenne des droits de l'homme » et R.A.B.G., 2010, p. 17, note F. SCHUERMANS, « *Antigone*-rechtspraak nu definitief in de fase van de rustige vastheid ? », Voy. également F. NICAISE, « L'admissibilité de la preuve en droit pénal », *Le Pli juridique*, 2010, n° 13, pp. 4-9.

<sup>97</sup> Cour eur. D.H., 12 juillet 1988, *Schenk c. Suisse*, Série A, n° 140, §§ 45-46; F. KUTV, « Le droit à un procès équitable au sens de la jurisprudence strasbourgeoise », J.L.M.B., 1998, pp. 986-987, 1999, pp. 589-590, 2000, p. 854, 2001, pp. 684-686, 2002, pp. 586-588, 2003, p. 506, 2004, pp. 331-333 et 2006, p. 418; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, op. cit., pp. 1054-1055.

<sup>98</sup> Dans de nombreux arrêts, la Cour européenne a considéré qu'une preuve recueillie en méconnaissance du droit au respect de la vie privée n'est pas nécessairement incompatible avec le droit à un procès équitable, concluant à la non-violation de l'article 6 de la Convention au motif que le requérant avait eu la possibilité de contredire ces preuves. Voy. Cour eur. D.H., 12 mai 2000, *Khan c. Royaume-Uni*, n° 35394/97, Rec., 2000-V, pp. 305 et s.; Cour eur. D.H., 25 septembre 2001, P.G. et J.H. c. Royaume-Uni, n° 48539/99; Cour eur. D.H., 5 novembre 2002, *Allan c. Royaume-Uni*, n° 48539/99, Rec., 2002-IX, pp. 65 et s.; Cour eur. D.H., 1<sup>er</sup> mars 2007, *Heglas c. République tchèque*, n° 5935/02; Cour eur. D.H., 10 mars 2009, *Bykov c. Russie*, n° 4378/02.

<sup>99</sup> Cour eur. D.H., *Heglas c. République tchèque*, op. cit., § 86, citant aussi Cour eur. D.H., *Khan c. Royaume-Uni*, op. cit., §§ 35 et 37 et Cour eur. D.H., *Allan c. Royaume-Uni*, op. cit., § 43.

<sup>100</sup> Cour eur. D.H., 11 juillet 2006, *Jalloh c. Allemagne*, T. Strafr., 2006, p. 293 (dans cet arrêt, la Cour européenne a conclu à une violation des articles 3 et 6 de la Convention dans le cas de l'utilisation comme preuve des stupéfiants recueillis à la suite des vomissements du requérant provoqués par l'administration de force d'un émétique); Cour eur. D.H., *Heglas c. République tchèque*, précité, § 87.

rappelé la Cour, les préoccupations d'intérêt général ne sauraient justifier des mesures qui videraient de leur substance les droits de la défense du requérant<sup>101</sup>. L'arrêt *Lee Davies* s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence strasbourgeoise<sup>102</sup>. En effet, à plusieurs reprises, la Cour européenne a admis qu'une preuve recueillie en méconnaissance du droit au respect à la vie privée n'est pas nécessairement incompatible avec le droit à un procès équitable<sup>103</sup>.

19. Dans l'arrêt *Gäfgen*<sup>104</sup>, la Cour européenne a consacré la « théorie de la rupture de la chaîne de causalité », permettant la prise en compte des preuves illégales ou irrégulières dans la mesure où elles n'avaient pas eu d'impact sur la reconnaissance de culpabilité et sur la peine. Il s'agissait d'une déclaration extorquée au moyen d'un traitement inhumain, mais qui n'a pas joué dans le verdict de culpabilité et la peine prononcés contre le requérant. En l'espèce, il a été jugé que les deuxièmes aveux du requérant formulés lors de son procès étaient, en soi, suffisants pour fonder le verdict de culpabilité. La Cour européenne a dès lors considéré qu'il n'avait pas été porté atteinte au droit à un procès équitable.

## Section 2

### Loi du 9 décembre 2004 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale

20. Les critères de la jurisprudence *Antigone* ont reçu un ancrage légal dans la loi du 9 décembre 2004 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale et modifiant l'article 90ter du Code d'instruction criminelle<sup>105</sup>.

<sup>101</sup> N. COLETTE-BASECQZ, « L'admissibilité des preuves irrégulières au regard du droit à un procès équitable : la jurisprudence *Antigone* sous la loupe de la Cour européenne des droits de l'homme », note sous Cour eur. D.H., 28 juillet 2009, R.D.P.C., 2010, p. 329.

<sup>102</sup> Voy. L. KENNES, *Manuel de la preuve en matière pénale*, Malines, Kluwer, 2009, p. 48.

<sup>103</sup> Cour eur. D.H., 1<sup>er</sup> mars 2007, *Heglas c. République tchèque*, n° 5935/02; Cour eur. D.H., 10 mars 2009, *Bykov c. Russie*, n° 4378/02; Cour eur. D.H., 12 mai 2000, *Khan c. Royaume-Uni*, n° 35394/97, Rec., 2000-V, pp. 305 et s.; Cour eur. D.H., 25 septembre 2001, P.G. et J.H. c. Royaume-Uni, n° 48539/99.

<sup>104</sup> Cour eur. D.H., 1<sup>er</sup> juin 2010, *Gäfgen c. Allemagne*, précité; O. MICHELIS et A. JACOBS, « Les implications de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme sur les preuves. La jurisprudence *Saldut* et l'arrêt *Gäfgen* », op. cit., pp. 157-158.

<sup>105</sup> L'article 13 de la loi du 9 décembre 2004 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale et modifiant l'article 90ter du Code d'instruction criminelle dispose : « Ne peuvent être utilisés dans le cadre d'une procédure menée en Belgique, les éléments de preuve :

1° recueillis irrégulièrement à l'étranger, lorsque l'irrégularité :

- découle, selon le droit de l'État dans lequel l'élément de preuve a été recueilli, de la violation d'une règle de forme prescrite à peine de nullité;

- entache la fiabilité de la preuve;

2° ou dont l'utilisation viole le droit à un procès équitable. »

C'est la section de législation du Conseil d'État qui, dans son avis<sup>106</sup>, a recommandé aux auteurs du projet de loi de tenir compte de cette évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de preuves irrégulières.

L'article 13 de la loi du 9 décembre 2004 exclut l'utilisation dans le cadre d'une procédure menée en Belgique des éléments de preuve recueillis irrégulièrement à l'étranger dans trois cas : lorsque l'irrégularité découle, selon le droit de l'État dans lequel l'élément de preuve a été recueilli, de la violation d'une règle de forme prescrite à peine de nullité, lorsque cette irrégularité entache la fiabilité de la preuve, ou lorsque l'utilisation viole le droit à un procès équitable<sup>107</sup>.

Il est intéressant d'observer que les travaux préparatoires de cette loi font apparaître l'intention du législateur de n'exclure les preuves obtenues irrégulièrement à l'étranger que si l'irrégularité est d'une certaine gravité<sup>108</sup>.

## Section 3

### Perspectives de réforme

#### § 1. Propositions de loi

##### A. Proposition de loi Landuyt (sp.a)

21. La première initiative parlementaire émane de Renaat Landuyt (sp.a). Sa proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités a été déposée à la Chambre des représentants le 15 septembre 2009<sup>109</sup> et puis, à nouveau et en reprenant le même texte, le 29 juillet 2010<sup>110</sup>.

Celle-ci entend appliquer, en droit pénal, les mêmes principes qu'en droit civil en matière de nullités (« pas de nullité sans texte » et « pas de nullité sans grief »). Aussi prévoit-elle explicitement que, sans préjudice de la jurisprudence *Antigone*, « la sanction de la nullité ne peut, de surcroît, être prononcée que pour autant qu'il soit question de grief concret »<sup>111</sup>. Selon l'auteur de cette proposition, la nullité pour cause de grief concret garantirait le droit au procès équitable.

<sup>106</sup> Projet de loi sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, Avis du Conseil d'État, Doc. parl., Chambre, 2003-2004, n° 1278/001, p. 36.

<sup>107</sup> Pour une application, voy. Cass., 3 avril 2012, Pas., 2013, p. 740.

<sup>108</sup> Projet de loi sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, Exposé des motifs, Doc. parl., Chambre, 2003-2004, n° 1278/001, p. 19.

<sup>109</sup> Proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités, Doc. parl., Chambre, 2009-2010, n° 52-2163/1. À la demande du président de la Chambre, la section de législation du Conseil d'État a rendu un avis sur cette proposition de loi le 16 novembre 2009 (Proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités, Avis du Conseil d'État n° 47 320/2, Doc. parl., Chambre, 2009-2010, n° 52-2163/2).

<sup>110</sup> Proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités, Doc. parl., Chambre, 2009-2010, n° 53-41/1.

<sup>111</sup> Ibid., p. 3.

Il est dès lors proposé de compléter l'article 407 du Code d'instruction criminelle par deux alinéas rédigés comme suit :

*Quelle que soit la formalité omise ou irrégulièrement accomplie, aucun acte d'instruction ou de procédure ne peut être déclaré nul si la nullité n'est pas formellement prononcée par la loi.*

*Le juge ne peut déclarer nul un acte d'instruction ou de procédure que si l'omission ou l'irrégularité dénoncée nuit concrètement aux intérêts légitimes de la partie contre laquelle l'instruction est menée ou contre laquelle l'acte a été accompli.*

#### B. Proposition de loi Van Cauter-Lahaye (Open VLD)

22. Le 10 mai 2012, Carina Van Cauter et Sabien Lahaye-Battheu (Open VLD) ont quant à elles déposé à la Chambre une proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle<sup>112</sup> en ce qui concerne les nullités. Celle-ci s'inspire directement du système appliqué aux Pays-Bas qui repose sur le principe de la réparation de l'omission, c'est-à-dire que les omissions formelles ne peuvent être sanctionnées que si aucune réparation n'est possible. L'article 359a du Code d'instruction criminelle néerlandais<sup>113</sup> définit trois sanctions possibles lorsque la loi enfreinte ne détermine pas elle-même les effets juridiques qui s'y attachent : la réduction de peine, l'exclusion de la preuve ou encore l'irrecevabilité de l'action publique. Dans un tel système, il est jugé préférable que les omissions formelles puissent être appréciées par un juge plutôt que par le législateur. Le juge dispose dès lors d'un large pouvoir d'appréciation.

Les auteurs proposent de compléter l'article 407 du Code d'instruction criminelle par les trois alinéas suivants :

*S'il s'avère qu'au cours de l'instruction préparatoire, il y a eu des violations de forme qui ne peuvent plus être rétablies et si les effets juridiques de cette violation ne ressortent pas de la loi, le juge peut décider :*

<sup>112</sup> Proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités, Doc. parl., Chambre, 2011-2012, n° 53-2186/1.

<sup>113</sup> Art. 359a Wetboek van Strafvordering :

« 1. De rechtbank kan, indien blijkt dat bij het voorbereidend onderzoek vormen zijn verzuimd die niet meer kunnen worden hersteld en de rechtsgevolgen hiervan niet uit de wet blijken, bepalen dat :

a. de hoogte van de straf in verhouding tot de ernst van het verzuim, zal worden verlaagd, indien het door het verzuim veroorzaakte nadeel langs deze weg kan worden gecompenseerd ;

b. de resultaten van het onderzoek die door het verzuim zijn verkregen, niet mogen bijdragen aan het bewijs van het telastegelegde feit ;

c. het openbaar ministerie niet ontvankelijk is, indien door het verzuim geen sprake kan zijn van een behandeling van de zaak die aan de beginselen van een behoorlijke procesorde voldoet.

2. Bij de toepassing van het eerste lid, houdt de rechtbank rekening met het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt.

3. Het vonnis bevat de beslissingen vermeld in het eerste lid. Deze zijn met redenen omkleed. »

1° que le taux de la peine sera diminué en proportion de la gravité de la violation, si le préjudice causé par celle-ci peut être réparé par cette voie ;

2° que les résultats de l'enquête obtenus par suite de la violation ne peuvent contribuer à la preuve du fait imputé ;

3° que l'action du ministère public est irrecevable, si, par suite de la violation, l'affaire n'a pas été examinée conformément aux principes d'une bonne procédure.

Pour l'application des dispositions de l'alinéa 4, le tribunal tient compte de l'intérêt servi par la prescription violée, de la gravité de la violation et du préjudice causé.

Le jugement ou l'arrêt comprend les décisions mentionnées à l'alinéa 4. Celles-ci sont motivées.

#### C. Proposition de loi Terwingen-Becq (CD&V) – pour mémoire

23. Une proposition de loi insérant, dans le titre préliminaire du Code de procédure pénale, une deuxième partie concernant les principes généraux de la procédure pénale<sup>114</sup> a été déposée le 6 juin 2012 par Sonja Becq et Raf Terwingen (CD&V).

Celle-ci reprend textuellement le Livre 1<sup>er</sup> du projet de loi Grand Franchimont<sup>115</sup>. Elle vise ainsi à instaurer une théorie générale de la preuve, des droits de la défense, des nullités et de la chose jugée. Son champ d'application est donc plus large que la stricte question des nullités.

Les causes de nullité proposées sont les suivantes :

Art. 38. § 1<sup>er</sup>. Il y a nullité substantielle lorsque la loi le mentionne explicitement ou en cas de violation des dispositions légales relatives :

1° à l'organisation et à la compétence matérielle des juridictions pénales ;

2° aux conditions de fond relatives à l'inviolabilité du domicile, aux perquisitions, aux écoutes visées à l'article 90ter et aux investigations impliquant une atteinte à l'intégrité physique ;

3° à la signature de l'acte ;

4° à l'indication de la date lorsque celle-ci est nécessaire à l'appréciation des effets de l'acte.

§ 2. Les nullités substantielles sont prononcées d'office par le juge et peuvent être invoquées en tout état de la procédure, y compris pour la première fois devant la Cour de cassation.

<sup>114</sup> Proposition de loi insérant, dans le titre préliminaire du Code de procédure pénale, une deuxième partie concernant les principes généraux de la procédure pénale, Doc. parl., Chambre, 2011-2012, n° 53-2236/1.

<sup>115</sup> Projet de loi contenant le Code de procédure pénale, Doc. parl., Chambre, 2005-2006, n° 51-2138/1, pp. 3-10.

§ 3. En ce qui concerne les preuves recueillies à l'étranger, la législation spécifique s'applique, sans préjudice de l'application de l'article 32.

Art. 39. Sous réserve des nullités substantielles, un acte de procédure ne peut être déclaré nul que si la nullité est expressément prévue par la loi.

Art. 40. Hormis les cas prévus à l'article 38, le juge ne peut déclarer nul un acte de procédure sur pied de l'article 39 que si l'omission ou l'irrégularité dénoncée nuit aux intérêts de la partie qui invoque l'exception ou à l'équité de la procédure.

Art. 41. Les actes de procédure violant les droits de défense sont frappés de nullité.

Art. 42. Lorsque des actes de procédure sont déclarés nuls, leur nullité emporte celle des actes de la procédure qui en découlent nécessairement.

Art. 43. En cas de nullité visée aux articles 39, 40 ou 41, l'omission ou l'irrégularité de la forme prescrite par le présent Code d'un acte de procédure, en ce compris le non-respect des délais prévus à peine de nullité, ou de la mention d'une formalité, ne peut entraîner la nullité, s'il est établi par les pièces de la procédure que l'acte a réalisé le but que la loi lui assigne ou que la formalité non mentionnée a, en réalité, été accomplie.

La nullité est couverte si un jugement ou un arrêt contradictoire d'une juridiction de fond, autre que celui prescrivant une mesure d'ordre intérieur, a été rendu sans qu'elle ait été invoquée, sans préjudice de l'article 242, § 5.

Cette proposition de loi ne sera pas développée dès lors qu'elle a été disjointe des discussions à la Commission de la justice de la Chambre à la demande de son auteur principal Raf Terwingen. Il nous est toutefois apparu opportun de l'exposer, car elle nous semble intéressante.

#### D. Proposition de loi Landuyt amendée

24. Enfin, un amendement à la proposition de loi Landuyt<sup>116</sup> a été déposé le 29 novembre 2012 par des parlementaires représentant la majorité, à savoir Renaat Landuyt (sp.a), Carina Van Cauter (Open VLD), Raf Terwingen (CD&V), Özlem Özen (PS), Christian Brotcorne (cdH) et Philippe Goffin (MR).

Cet amendement vise à conférer un ancrage légal à la jurisprudence *Antigone* de la Cour de cassation.

Il s'agirait non plus de modifier l'article 407 du Code d'instruction criminelle, mais d'insérer un chapitre VII « Des nullités » dans le titre préliminaire du Code de procédure pénale rédigé comme suit :

Art. 32. La nullité et l'exclusion d'un élément de preuve obtenu irrégulièrement ne peuvent être décidées que si :

- le respect des conditions formelles concernées est prescrit à peine de nullité, ou ;
- l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve, ou ;
- l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable.

## § 2. Questions et critiques soulevées par ces propositions de loi

### A. De l'opportunité de légiférer en matière de nullités des preuves en droit pénal

25. Dès lors que la jurisprudence *Antigone* est bien ancrée dans la pratique juridique belge et qu'elle a été validée par la Cour constitutionnelle et la Cour européenne des droits de l'homme (voy. *supra*, section 1, §§ 2 et 3), certains voudraient lui conférer un ancrage légal.

Aussi la question se pose-t-elle de savoir quels sont les critères qui devraient figurer ou non dans la loi. Elle est inextricablement liée à celle du champ d'application du régime des nullités que nous développerons ultérieurement (voy. *infra* C., 2.). Nous n'aborderons donc ici que l'opportunité ou non de légiférer en matière de nullités.

26. Parmi les partisans d'une solution légale, on compte les auteurs des différentes propositions de loi bien sûr, mais également la Cour de cassation elle-même qui estime justifié de transcrire dans la loi la solution apportée par la jurisprudence *Antigone* dès lors que la question des nullités peut être résolue de différentes manières<sup>117</sup>. Étienne Goethals estime qu'un certain nombre de critères pourraient être fixés dans la législation, mais que « ce processus doit [...] être abordé avec prudence et être encadré par l'expertise nécessaire »<sup>118</sup>.

Au contraire, de nombreux parlementaires se sont demandé quelle serait la plus-value de la proposition de loi Landuyt dès lors que, d'une part, la jurisprudence *Antigone* existe et est appliquée et que, d'autre part, ladite proposition ne propose qu'un ancrage partiel de cette jurisprudence, puisqu'elle ne reproduit que les trois hypothèses de nullité sans rappeler les autres critères d'appréciation de l'atteinte au droit à un procès équitable. Une majorité de parlementaires et d'experts sont partisans d'une approche cohérente et globale et se rallient à la recommandation de Laurence Massard de suivre l'évolution de la jurisprudence en la matière avant d'intervenir sur le plan législatif<sup>119</sup>.

<sup>117</sup> Projet de loi modifiant le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités, Rapport fait au nom de la Justice, Avis de la Cour de cassation, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-1924/3, pp. 15-16.

<sup>118</sup> É. GOETHALS, premier président de la Cour de cassation, Exposé du 5 juin 2012, Proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 53-41/3, p. 38.

<sup>119</sup> L. MASSARD, conseiller à la Cour d'appel de Bruxelles, Proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 53-41/3, p. 38.

<sup>116</sup> Proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités, Amendement n° 1, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 53-41/2.

Antoon Boyen a une position plus nuancée<sup>120</sup>. Selon lui, il est possible de convertir certains principes généraux en une règle légale, mais il doute de l'opportunité de reproduire littéralement la jurisprudence *Antigone* dans la loi. En effet, une telle entreprise se heurterait à deux écueils. Tout d'abord, la Cour de cassation peut encore faire évoluer sa jurisprudence. Par ailleurs, la jurisprudence pourrait évoluer par le biais de facteurs externes à la Cour, compte tenu des pressions exercées au niveau international en vue d'adapter cette jurisprudence aux règles supranationales émanant d'institutions non législatives telles que la Cour européenne des droits de l'homme. Sa conclusion n'en est pas moins que, si l'on veut garantir une cohérence, la problématique des nullités devra s'inscrire dans une réforme globale du Code d'instruction criminelle et rejoint donc celle des « légi-sceptiques ».

#### B. De l'opportunité de se calquer sur la législation néerlandaise

27. Les experts sont unanimes. Il serait tout à fait inopportun de s'inspirer du modèle néerlandais pour légiférer en matière de nullités.

Tout d'abord, les notions utilisées en droit hollandais sont inconnues en droit belge. Elles ne permettent donc pas de délimiter de façon précise le champ d'application de la proposition, ce qui créerait des difficultés et une incohérence au sein du Code d'instruction criminelle. Il s'agit notamment des notions de « violation de forme », d'« instruction préparatoire », d'« action du ministère public » et de « principes de bonne procédure »<sup>121</sup>.

Ensuite, la première sanction, qui consisterait à réduire le taux de la peine si le préjudice causé peut être réparé par cette voie, est très controversée. Antoon Boyen pose deux interrogations à cet égard. Premièrement, comment fixer l'étendue de cette sanction ou, en d'autres termes, quel est le rapport de proportionnalité entre cette sanction et la gravité de l'omission formelle ? Deuxièmement, comment cette sanction pourrait-elle réparer le préjudice subi ? En effet, selon lui, « soit la violation a causé un préjudice – dans ce cas, l'acte irrégulier doit être écarté –, soit la méconnaissance constatée n'a aucun effet – et il est permis de se demander pourquoi l'acte en question et ses effets ne peuvent pas tout simplement être maintenus sans modification de la peine »<sup>122</sup>.

Par ailleurs, cette sanction interpelle, parce que cela reviendrait à lier le taux de la peine à l'appréciation de la preuve, ce qui s'écarterait des fonctions clas-

<sup>120</sup> A. BOYEN, premier président de la Cour d'appel de Bruxelles, Exposé du 5 juin 2012, Proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, Doc. parl., Chambre, 2012-2013, n° 53-41/3, p. 39.

<sup>121</sup> À ce sujet, voy. P. MONVILLE, représentant d'AVOCATS.BE, Exposé du 12 juin 2012, Proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, Doc. parl., Chambre, 2012-2013, n° 53-41/3, p. 55.

<sup>122</sup> A. BOYEN, op. cit., p. 26.

siques de la peine. Comme le souligne pertinemment Étienne Goethals, « une telle suggestion perd de vue qu'une condamnation pénale doit être ajustée à la personnalité du coupable et à la nature des faits qu'il a commis et qu'en s'écarter des critères criminologiques légitimes de la répression, on risque d'ajouter l'injustice à l'erreur »<sup>123</sup>.

En outre, Pierre Monville relève très justement qu'élargir le spectre des sanctions disponibles pour le juge aura l'effet inverse de celui qui est poursuivi en ce qu'il créera plus de divergences de pratiques au sein de la jurisprudence<sup>124</sup>.

Enfin, cette solution est incompatible ou, du moins, ne tient pas suffisamment compte de la jurisprudence *Antigone* qui, non seulement constitue désormais un socle stable en droit belge, mais qui, en plus, a été consacrée par la loi en ce qui concerne des éléments de preuve provenant de l'étranger<sup>125</sup> (voy. *infra* C., 3.).

La piste du droit comparé n'est toutefois pas négligée par les experts. Damien Vandermeersch estime qu'un examen de droit comparé pourrait apporter une grande plus-value aux décisions, tandis que Pierre Monville évoque, à titre de comparaison, le système des nullités appliqué en droit français<sup>126</sup>.

#### C. Du champ d'application *ratione materiae*

##### 1. Irrégularité des preuves, irrégularité purement procédurale ou irrégularité des poursuites ?

28. L'intitulé proposé par la proposition de loi Landuyt amendée pour le nouveau chapitre VII du titre préliminaire du Code de procédure pénale « Des nullités » est trop large. En effet, la jurisprudence *Antigone* n'a pas vocation à s'appliquer hors du domaine de la preuve. Elle ne concerne que les irrégularités touchant l'administration de la preuve, tandis que des irrégularités purement procédurales se posent également<sup>127</sup>. La création de ce nouveau chapitre dans le titre préliminaire du Code de procédure pénale pourrait, par contre, répondre à la critique de nombreux experts selon lesquels la question des nullités ne devrait pas être réglée à l'article 407 du Code d'instruction criminelle parce que celui-ci fait partie du titre III consacré aux manières de se pourvoir (en cassation) contre les arrêts et les jugements.

<sup>123</sup> É. GOETHALS, op. cit., p. 21.

<sup>124</sup> P. MONVILLE, op. cit., p. 55.

<sup>125</sup> B. DE SMET, substitut du Procureur général près la Cour de Cassation, Exposé du 12 juin 2012, Proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, Doc. parl., Chambre, 2012-2013, n° 53-41/3, p. 46.

<sup>126</sup> Voy. P. MONVILLE, op. cit., pp. 56-57.

<sup>127</sup> D. VANDERMEERSCH, Avocat général près la Cour de cassation, professeur à l'UCL, Exposé du 12 juin 2012, Proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, Doc. parl., Chambre, 2012-2013, n° 53-41/3, p. 41.

La jurisprudence *Antigone* n'a pas non plus vocation à régir la totalité du droit de la preuve. En effet, on distingue traditionnellement, d'une part, les preuves régies par la loi qui, en cas de non-respect des règles, sont frappées de nullité et, d'autre part, les preuves qui ne sont pas régies par la loi, qui sont rapportées par tous les moyens de droit et appréciées par le juge du fond. La jurisprudence *Antigone* ne s'applique qu'à cette seconde catégorie de preuve, c'est-à-dire celles qui sont laissées à la libre appréciation du juge. À cet égard, la Cour de cassation estime que le projet de loi (qui reprend le texte de la proposition Landuyt amendée, et sur lequel nous reviendrons dans les développements qui suivent) est peut-être incomplet en ce qu'il induit l'idée que la preuve légale serait désormais soumise au même régime que la preuve libre<sup>128</sup>.

La proposition de loi Van Cauter-Lahaye révèle, quant à elle, une ambiguïté quant à la question de savoir si celle-ci entend régir la régularité des preuves ou celle des poursuites<sup>129</sup>. Le point de départ de la proposition semble bien être la jurisprudence *Antigone* de la Cour de cassation relative à l'exclusion de la preuve obtenue irrégulièrement. Toutefois, la proposition de loi suggère l'irrecevabilité de l'action du ministère public au titre des sanctions relatives aux preuves irrégulières à la disposition du juge. Elle règle donc également les sanctions relatives à la régularité/recevabilité des poursuites, ce qui dépasse le champ d'application de la jurisprudence *Antigone* et touche à une question bien plus vaste qui nécessiterait une réflexion globale. Ces deux débats sont distincts, et il convient de ne pas les confondre.

## 2. Critères et sous-critères développés par la Cour de cassation

29. Nous l'avons vu, la jurisprudence *Antigone* détermine trois cas dans lesquels une preuve irrégulière doit être écartée par le juge, mais également plusieurs sous-critères dont le juge doit également tenir compte afin de vérifier le caractère équitable d'un procès (troisième cas dans lequel une preuve irrégulière doit être écartée par le juge), qui sont les suivants :

- 1° si l'autorité chargée de l'information d'infractions a ou non commis intentionnellement l'acte illicite ;
- 2° si la gravité de l'infraction dépasse de manière importante l'illicéité commise ;
- 3° si la preuve obtenue illicitement ne concerne qu'un élément matériel de l'existence de l'infraction ou si l'irrégularité a trait à la preuve de culpabilité de l'inculpé ;

4° si l'irrégularité commise est sans incidence sur le droit ou la liberté protégés par la norme transgressée ;

5° si l'irrégularité commise était de caractère purement formel ;

6° si l'irrégularité a porté préjudice aux intérêts du demandeur.

30. On remarque pourtant que la proposition de loi Landuyt amendée n'a inscrit dans le texte de la proposition de loi que les trois cas permettant d'écarter une preuve irrégulière des débats. Et seuls trois sous-critères sont, quant à eux, mentionnés dans la justification de l'amendement de la proposition Landuyt, mais ne sont pas repris dans le texte même de la proposition de loi.

Dès lors que le législateur a choisi de conférer un ancrage légal à la jurisprudence *Antigone*, les sous-critères ne paraissent pas devoir être intégrés dans le texte de loi, parce que ce dernier ne peut enfermer la notion étendue de « procès équitable »<sup>130</sup>.

## 3. Compatibilité du régime de nullité des preuves obtenues en Belgique avec celui des preuves obtenues à l'étranger

31. Afin d'assurer une cohérence avec la législation existante, il importe dans tous les cas que les critères repris dans le texte de loi correspondent à ceux de la jurisprudence *Antigone*, puisque celle-ci a été ancrée dans la loi du 19 décembre 2004 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale. Sinon, comment justifier dans des dossiers mixtes contenant à la fois des preuves recueillies en Belgique et à l'étranger que les unes répondront à des critères différents des autres quant au contrôle de leur régularité ? Une telle différence de traitement n'est fondée sur aucune justification objective et raisonnable et pourrait être soumise au contrôle de la Cour constitutionnelle.

## 4. Notion d'intérêt légitime : transposable en droit pénal ?

32. Les développements de la proposition de loi Landuyt initiale soutiennent qu'il n'y a aucune raison de ne pas appliquer en droit pénal les mêmes principes qu'en droit civil. Celle-ci entend introduire, dans le Code d'instruction criminelle, la règle de droit civil « pas de nullité sans grief ». Et les auteurs de proposer que « le juge ne peut déclarer nul un acte d'instruction ou de procédure que si l'omission ou l'irrégularité dénoncée nuit concrètement aux intérêts légitimes de la partie contre laquelle l'instruction est menée ou contre laquelle l'acte a été accompli ».

Il va sans dire qu'il est très critiquable de vouloir purement et simplement transposer les principes de procédure civile en procédure pénale. L'auteur de

<sup>128</sup> Projet de loi modifiant le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités, Rapport fait au nom de la Justice, Avis de la Cour de cassation, *Doc. parl.*, 2012-2013, n° 5-1924/3, p. 16.

<sup>129</sup> P. MONVILLE, *op. cit.*, pp. 52-53.

<sup>130</sup> Projet de loi modifiant le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités, Rapport fait au nom de la Justice, Avis de la Cour de cassation, *Doc. parl.*, 2012-2013, n° 5-1924/3, p. 16.



la proposition ne semble pas s'apercevoir de la différence fondamentale qui réside entre le droit civil et le droit pénal. Pourtant, est-il besoin de rappeler que le droit pénal touche à la liberté individuelle? Qu'une incrimination pénale entraîne le risque de se voir condamné à une peine d'emprisonnement? Que, selon les obligations internationales auxquelles la Belgique est tenue, la procédure pénale doit être entourée des meilleures garanties en termes de droits de la défense et de protection des droits fondamentaux de chaque citoyen?

33. La notion d'intérêt légitime ne convient donc pas. En droit pénal, il est plus adéquat de se fonder sur les droits de la défense, le respect du procès équitable. Selon Damien Vandermeersch, ce critère est même inopérant dès lors que toute partie est en droit de revendiquer le respect des règles de procédure et peut réclamer y avoir un intérêt. Selon lui, il serait préférable de revenir à la distinction faite dans la doctrine et la jurisprudence entre les formalités substantielles et les règles de pure forme :

« Les formes substantielles sont celles qui sont jugées à ce point importantes pour la bonne administration de la justice que leur omission entraîne la nullité. Il s'agit de formalités qui touchent, de façon fondamentale, à la régularité même de l'acte (le *negotium*) et dont le non-respect entache lui-même d'irrégularité irrémédiable.

En revanche, la méconnaissance de règles de pure forme, qui ne concernent en réalité que l'*instrumentum* ou un aspect non essentiel de l'acte, ne devrait pas porter à conséquence (la plupart du temps, ces irrégularités sont réparables ou elles ne portent pas réellement atteinte à l'essence même de l'acte). »<sup>131</sup>

Il faut donc éviter d'introduire des notions civiles en droit pénal, eu égard aux rapports de droit différents<sup>132</sup>.

### 5. Règles de procédure prescrites à peine de nullité

34. Les débats s'articulent autour de la violation d'une forme prescrite à peine de nullité qui semble être le nœud gordien de la problématique. D'aucuns s'en prévalent comme d'une valeur sûre capable de régler la matière des nullités par un système binaire : ou la violation de la forme est prescrite à peine de nullité et le juge est obligé de l'écarter, ou la violation de la forme n'est pas prescrite à peine de nullité, et la preuve ne doit pas être automatiquement écartée et est soumise à l'appréciation du juge.

<sup>131</sup> D. VANDERMEERSCH, Exposé du 12 juin 2012, *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 53-41/3, p. 42.

<sup>132</sup> J. MAES, représentant de l'O.V.B., Exposé du 12 juin 2012, Proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 53-41/3, p. 60.

Toutefois, John Maes rappelle avec pertinence qu'historiquement le Code d'instruction criminelle a été conçu selon la logique inverse. En effet, il rappelle que « le Code d'instruction criminelle part du principe que la violation de formes substantielles entraîne logiquement la nullité. Ce principe n'a été inscrit explicitement qu'à titre exceptionnel pour des formes à première vue moins importantes, que le législateur a néanmoins voulu assortir d'une sanction de nullité. »<sup>133</sup> Et le Conseil d'État de préciser que « il importe [...] de tenir compte du fait que, dans l'état actuel des textes, un certain nombre d'irrégularités, portant tant sur la preuve que sur les modes d'obtention de celle-ci, ne prévoient pas formellement la sanction de la nullité, alors que l'importance des garanties prévues par ces textes est d'une nature telle qu'elles ne pourraient recevoir d'autres sanctions que la nullité »<sup>134</sup>.

C'est ainsi que, comme nous l'avons vu précédemment, la sanction de nullité ne figure que très rarement dans le Code d'instruction criminelle.

On ne peut toutefois pas déduire de ces rares cas de nullité qu'il n'existe aucune autre règle dont la violation mériterait la sanction de la nullité. Ce constat explique sans doute en partie les longs débats concernant le champ d'application *ratione materiae* de la sanction de la nullité.

Compte tenu de l'évolution du droit et des difficultés que soulève le contentieux des nullités, il serait indiqué de revoir la liste des règles prescrites à peine de nullité, et ce, pour l'entièreté du Code d'instruction criminelle. Une telle démarche clarifierait la situation et aurait le mérite d'apporter davantage de sécurité juridique.

### § 3. Projet de loi

#### A. De la proposition au projet de loi

35. Suite aux dépôts des propositions de loi « nullités » et aux auditions des experts qui ont donné lieu aux analyses que nous venons d'exposer, ces différents textes ont été discutés en Commission de la justice de la Chambre des représentants. Les parlementaires ont voté en faveur de l'amendement à la proposition de loi Landuyt. L'ensemble de la proposition de loi Landuyt amendée a été adopté par 10 voix et 5 abstentions. La proposition de loi Van Cauter-Lahaye est par conséquent devenue sans objet<sup>135</sup>.

<sup>133</sup> *Ibid.*

<sup>134</sup> Proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités, Avis du Conseil d'État n° 47 320/2, *Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, n° 52-2163/2, p. 3.

<sup>135</sup> Quant à la proposition de loi Terwingen-Becq, nous avons vu que celle-ci a été disjointe des discussions à la Commission de la justice de la Chambre à la demande de son auteur principal Raf Terwingen.

Le 10 janvier 2013, ce texte a été voté en séance plénière par la Chambre et est devenu le *projet de loi*<sup>136</sup> modifiant le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités<sup>137</sup>. Celui-ci insère, dans le titre préliminaire du Code de procédure pénale, un Chapitre VII « Des nullités » qui dispose :

*Art. 32. La nullité et l'exclusion d'un élément de preuve obtenu irrégulièrement ne peuvent être décidées que si :*

- *le respect des conditions formelles concernées est prescrit à peine de nullité, ou ;*
- *l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve, ou ;*
- *l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable.*

La matière des nullités relève de l'article 78 de la Constitution. La procédure législative applicable est donc la procédure bicamérale optionnelle. Il s'ensuit que le projet de loi a été également transmis au Sénat qui l'a évoqué le 24 janvier 2013.

## B. Procédure d'évocation

36. Les amendements déposés au Sénat visent à traduire l'avis rendu par la Cour de cassation, à la demande de la Commission de la justice du Sénat, sur le projet de loi modifiant le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités.

La Cour de cassation estime, d'une part, que l'exclusion d'une pièce nulle n'est pas absolue et qu'elle ne vaut que pour les preuves à charge et, d'autre part, que les trois cas visés par le projet ne sont pas les seuls à devoir être visés, mais que la violation d'une forme substantielle touchant à l'organisation des cours et tribunaux doit également être considérée comme un cas permettant d'écarter une preuve irrégulière<sup>138</sup>. Elle propose également un mécanisme général de couverture des nullités.

Les amendements proposent dès lors d'ajouter un quatrième tiret à l'article 32 ainsi qu'un article 33. Le texte proposé serait alors libellé comme suit :

*Art. 32. La preuve obtenue irrégulièrement est annulée ou écartée :*

- 1° si la forme violée ou omise est prescrite à peine de nullité par la loi, ou*
- 2° si l'irrégularité compromet la fiabilité de la preuve, ou*
- 3° si l'usage de la preuve méconnaît le droit à un procès équitable, ou*

<sup>136</sup> Dès lors qu'une proposition de loi est votée par l'une des chambres, elle devient un projet de loi.

<sup>137</sup> Projet de loi modifiant le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités, *Doc. parl., Chambre*, 2012-2013, n° 53-41/6.

<sup>138</sup> Projet de loi modifiant le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités, *Rapport fait au nom de la Commission de la justice, Avis de la Cour de cassation, Doc. parl., Sénat*, 2012-2013, n° 5-1924/3, pp. 15-19.

*4° si la preuve a été obtenue en violation d'une forme substantielle touchant à l'organisation des cours et tribunaux.*

*L'alinéa 1<sup>er</sup> ne s'applique pas aux preuves recueillies à décharge.*

*Art. 33. La preuve est déchue de sa valeur probante légale lorsque, réglée spécialement par la loi, elle a été rapportée en violation d'une disposition qui en garantit la qualité intrinsèque.*

37. La commission de droit pénal du barreau de Bruxelles et d'AVOCATS.BE a soulevé d'importantes réserves concernant ces amendements. Indépendamment de la question de l'opportunité de conférer un ancrage à la jurisprudence *Antigone*, elle s'interroge sur la notion de « preuve à charge/à décharge ». Cette notion n'existe pas en droit belge. Les preuves ne sont pas étiquetées à charge et à décharge. Une telle pratique reviendrait à violer la présomption d'innocence et serait source d'iniquité dans les dossiers mettant en cause plusieurs prévenus. Le nouvel article traitant de la valeur intrinsèque est, quant à lui, jugé problématique. La formulation de cet article est sibylline et laisse la commission dubitative sur la signification de ce texte. L'ajout d'un quatrième tiret qui vise à ce que la violation d'une forme substantielle touchant à l'organisation des cours et tribunaux soit également considérée comme un cas permettant d'écarter une preuve irrégulière ne pose, par contre, pas problème en ce qu'il constitue une balise.

AVOCATS.BE a, dès lors, fait part de ces préoccupations aux députés, qui les ont relayées en déposant des amendements allant à l'encontre de ceux du Sénat<sup>139</sup>.

La procédure d'évocation a donné lieu à un rare « jeu de ping-pong parlementaire » entre les assemblées. En effet, à deux reprises, le texte a été amendé et renvoyé à la Chambre par le Sénat, ce dernier proposant à chaque fois les mêmes amendements.

## C. Vote du projet de loi et adoption de la loi

38. En cas d'évocation par le Sénat dans le cadre d'une procédure bicamérale optionnelle, la Chambre a toutefois le dernier mot.

Le 26 septembre 2013, le projet de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités a été adopté (par 13 voix et une abstention) par la Commission de la justice de la Chambre<sup>140</sup>. Le texte voté est quasi identique au texte initial voté précédemment par la Chambre :

<sup>139</sup> Voy. l'amendement n° 6 de Juliette Boulet, *Projet de loi modifiant le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités, Doc. parl., Chambre*, 2012-2013, n° 53-41/8.

<sup>140</sup> *Projet de loi modifiant le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités, Doc. parl., Chambre*, 2013-2014, n° 53-41/6.

Art. 32. La nullité d'un élément de preuve obtenu irrégulièrement n'est décidée que<sup>141</sup> si :

- le respect des conditions formelles concernées est prescrit à peine de nullité, ou;
- l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve, ou;
- l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable.

Le texte a ensuite été adopté en séance plénière de la Chambre et soumis à sanction royale.

39. Enfin, la loi du 24 octobre 2013 modifiant le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités a été publiée au *Moniteur belge* le 12 novembre 2013.

## Conclusion

40. Les dernières évolutions jurisprudentielles soulignent l'impérieuse nécessité d'adopter, par la voie législative, un régime cohérent et précis quant au sort à réserver aux preuves irrégulières en droit pénal. Nous avons observé que la loi du 9 décembre 2004 a déjà intégré les critères *Antigone* dans le domaine de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, ce qui constitue un argument pour les partisans d'une codification générale de ces critères en procédure pénale. Cela étant, nous avons remarqué que les débats parlementaires sur le sujet ont été très animés et que la Chambre des représentants et le Sénat ont adopté des points de vue quelque peu divergents sur la manière de légiférer. À l'heure où nous rédigeons cette conclusion, la loi consacrant la jurisprudence *Antigone* dans le titre préliminaire du Code de procédure pénale a été adoptée et publiée au *Moniteur belge*. Eu égard aux problèmes qu'elle soulève, il est légitime de penser que de nouvelles évolutions interviendront encore dans le futur... Qu'il nous soit permis d'espérer qu'elles aillent dans le sens d'une garantie renforcée des droits fondamentaux du citoyen. Comme le suggère Damien Vandermeersch, une balise supplémentaire devrait être introduite, permettant l'exclusion de la preuve en cas de violation des libertés et droits fondamentaux lorsque la valeur protégée représente une valeur supérieure à celle de l'efficacité de la justice pénale.

<sup>141</sup> C'est nous qui soulignons afin d'identifier ce qui change par rapport au texte voté le 10 janvier 2013 (voy. § 3, A.).